THÈSE DE
CAEN.
18 89
N°. 7.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE L'USUCAPION PRO HEREDE

DROIT FRANÇAIS

DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Mercredi 8 Mai 1889, à 3 heures 1/2

PAR

Victor JOUIS

AVOCAT

Né à Écouché (Orne) le 24 Mars 1866

CAEN

Typographie-Lithographie E. VALIN, 5, rue au Canu

1889

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542701_0020

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE L'USUCAPION PRO HEREDE

DROIT FRANÇAIS

DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Mercredi 8 Mai 1889, à 3 heures 1/2

ACAD.
DROIT BAT.
PUBL.

PAR

Victor JOUIS

AVOCAT

Né à Écouché (Orne) le 24 Mars 1866

CAEN

Typographie-Lithographie E. VALIN, 5, rue au Canu

1889

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A ma Mère — A mon Oncle

A MA SŒUR — A MA TANTE

A mes Amis

JURY D'EXAMEN :

MM. JOUEN, PRÉSIDENT, *Professeur.*

Assesseurs :
- DANJON, *Professeur.*
- LAISNÉ-DESHAYES, *id.*
- GAUCKLER, *Agrégé.*

DROIT ROMAIN

DE L'USUCAPION PRO HEREDE

INTRODUCTION

IDÉES GÉNÉRALES SUR L'USUCAPION

L'usucapion, en général, est un mode d'acquérir la propriété par la possession pendant un certain laps de temps, d'un an ou de deux ans : « *Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti* », dit Modestin[1]. Celui donc qui, pendant le délai requis, possédera une chose en deviendra propriétaire. Au premier abord, cette institution semble illégitime, et nous apparaît comme la consécration d'un acte de spoliation. Si nous nous en rapportons à la définition de Modestin, il est clair, en effet, qu'à l'origine la seule condition requise pour la validité de l'usucapion est la possession prolongée

1. Loi 3, Dig., 41, 3.

pendant un certain temps. Comment donc se fait-il que le législateur romain ait admis cette institution? sur quelles bases la fait-il reposer? Les raisons qui ont fait établir l'usucapion sont assez faciles à déterminer et à expliquer : l'usucapion se légitime par des motifs d'utilité pratique. Nous allons en indiquer plusieurs.

L'intérêt social exige que la propriété des choses ne demeure pas longtemps incertaine ; il importe que les biens ne restent pas sans maître: « *Quod ideo receptum videtur ne rerum dominia diutius in incerto essent* », nous dit Gaius[1]. En outre, il y a tout lieu de croire qu'une chose à l'égard de laquelle un individu s'est conduit, pendant un certain laps de temps, comme propriétaire rentre effectivement dans son patrimoine. Cette présomption, il est vrai, peut n'être pas exacte ; mais, dans ce cas, le véritable propriétaire de la chose s'est montré à son endroit d'une telle négligence, qu'il est réputé avoir abandonné tous les droits qu'il avait sur cette chose : la loi le punit de n'avoir pas eu plus de souci de ses intérêts.— De plus, et cette raison découle de la première que nous avons exposée, si les choses restaient sans maître, il en résulterait une foule de procès que le législateur a voulu entraver. Un même objet serait revendiqué par plusieurs individus ; à qui l'attribuer? Enfin l'usucapion consolide le droit de propriété. Sans elle, en effet, le propriétaire serait souvent dans l'impossibilité de faire la preuve de son

1. Commentaire II, § 44.

droit. Il lui faudrait pour cela démontrer la validité de celui des différents individus qui, avant lui, ont successivement possédé l'objet en question. Cette difficulté disparaît avec notre institution. Le propriétaire d'une chose, qui l'a possédée pendant les délais de l'usucapion, n'a qu'à prouver sa possession depuis un temps donné pour rendre son droit inattaquable.

La condition unique, exigée à l'origine pour l'usucapion, finit cependant, au cours des âges, par ne plus paraître suffisante ; à l'époque classique, la possession prolongée pendant une certaine période ne suffit plus : il faut, en outre, que l'usucapiens soit de bonne foi et qu'il puisse invoquer la *justa causa*. La bonne foi est le résultat d'une erreur de fait consistant à croire que le *tradens* était véritablement propriétaire. La justa causa est le fait juridique antérieur qui motive la tradition.

Ces conditions toutefois n'étaient pas exigées dans tous les cas et, même à l'époque des grands jurisconsultes, il est vrai de dire qu'on pouvait usucaper sans juste titre et sans bonne foi, dans certaines hypothèses. Il en était ainsi en matière d'usucapion pro herede. Qu'est ce donc que l'usucapion pro herede? C'est une institution qui paraît bizarre au premier abord, spéciale au droit romain, et en vertu de laquelle on pouvait s'emparer d'une succession vacante. Il suffisait pour cela d'agir, à l'égard de l'hérédité, comme un véritable héritier pendant un certain temps. Cette institution, qui n'exigeait ni le juste titre ni la bonne foi, était-elle vraiment une

exception, ou n'était-elle pas plutôt la continuation de la théorie générale admise à l'origine en notre matière ? En d'autres termes, l'usucapion dans le principe, pour produire effet, devait-elle être accompagnée du juste titre et de la bonne foi ?

Jusqu'en ces derniers temps, la question ne souffrait point difficulté, et tous les commentateurs du droit romain reconnaissaient que, toujours, l'usucapion avait été soumise aux conditions exigées pour sa validité à l'époque classique. Cette opinion, unanimement acréditée, a cependant été battue en brèche par les auteurs allemands [1] : d'après eux, à l'origine, la possession continuée pendant un certain temps conduisait à l'usucapion. Un jurisconsulte français s'est rallié tout récemment à cette doctrine, dont il a savamment mis en lumière les bases et les motifs. « Le droit antique, dit M. Esmein, [2] évite par instinct la recherche des intentions ; il ignore la pensée individuelle dans les actes juridiques, lorsqu'elle ne s'est pas affirmée dans une forme précise, et comme d'avance. » La meilleure preuve qu'on puisse donner de cette théorie, nous l'avons déjà fait remarquer, se tire de la définition de Modestin, qui, pour la validité de l'usucapion à l'origine, ne parle que de la possession prolongée pendant un certain temps. Ulpien n'est pas moins affirmatif en ce sens. [3] L'*usus* suffit dans certaines autres hypothèses. Il en est ainsi dans les cas d'*usureceptio*,

1. MM. Stintzing, Pernice, Krueger, Voigt.
2. *Mélanges d'histoire du droit et de critique.* V° *Usucapion.*
3. *Regulæ*, XIX, 3.

d'acquisition de la « manus » par le mari au cours du mariage, et d'*usucapio libertatis* dirigée contre les servitudes *prædiorum urbanorum*. M. Esmein, de ces différentes institutions qui ont survécu, conclut qu'il en était ainsi à l'origine dans tous les cas. Il est à remarquer, de plus, que la loi des XII Tables, dans les fragments qui nous en restent, ne fait nulle mention, à cet égard, du juste titre et de la bonne foi. La loi des XII Tables, Gaius nous l'apprend, interdisait l'usucapion des choses volées [1]. Quelle induction tirer de cette disposition, qui, c'est la théorie généralement admise, ne visait que le voleur? c'est que les règles édictées jusqu'alors n'eussent pas suffi à protéger la propriété mobilière : le voleur lui-même, dans le principe, pouvait usucaper. En d'autres termes, la seule condition requise pour usucaper était la possession prolongée. D'un passage de Scœvola [2], il résulte que celui qui s'emparait d'une chose sans possesseur ne commettait point un vol. La prohibition ne s'appliquait pas aux choses perdues, car elles étaient considérées comme sans maître : « *Si id quod possidemus ita perdiderimus ut ignoremus ubi sit, desinimus possidere.* » dit Pomponius. [3] Mais on étendit la disposition de la loi des XII Tables à l'objet dérobé. Pourquoi ? Parce qu'on voulait donner une protection plus efficace à la propriété mobilière, et on se crut autorisé, en argumentant de la généralité des termes

1. Gaius, II, 45. — Inst. II, 6, 2.
2. L. 1 § 15, D, 47. 4. La loi est d'Ulpien.
3. L. 23, pr. Dig. 41, 2.

du texte, à adopter cette décision qui, par la suite, conserva son importance, lorsqu'on eut édicté des conditions nouvelles pour la validité de l'usucapion.

Peu à peu, cependant, la doctrine primitive avec sa simplicité naïve fut reconnue insuffisante. Les inconvénients qu'elle présentait apparurent de plus en plus graves. On tendit à les faire disparaître et à restreindre les cas d'application de l'usucapion ancienne. Pour cela, on s'attacha d'abord à examiner l'origine de la possession de l'usucapiens : *origo nanciscendæ possessionis exquirenda est*, dit Ulpien [1] ; et on ne la déclara utile que lorsqu'elle n'était atteinte d'aucun vice. On ne s'en tint pas là, et, avant d'exiger la bonne foi, on posa en principe que personne, par sa seule volonté, ne pourrait changer le caractère de sa possession. On a soutenu que cette règle ne s'appliquait qu'en matière d'usucapion pro herede ; mais il est fort probable, et Julien semble donner comme certain qu'elle était générale et dominait la théorie de l'usucapion [2]. Marcellus admet la même doctrine [3]. La question est intéressante : nous l'étudierons plus loin.

La législation cependant se complétait et se perfectionnait au fur et à mesure que des besoins nouveaux se faisaient sentir. Les Romains modifiaient volontiers la disposition de leur vieil édifice de la loi des XII Tables, chaque fois que des exigences nouvelles

1. L. 6, pr. Dig., *eod.*
2. L. 33, Dig., 41, 3, § 1.
3. L. 19, Dig., 41, 2.

réclamaient une amélioration. Ils ajoutaient sans difficulté ; mais ils avaient pour principe de conserver intacte la façade de l'œuvre de leurs ancêtres. C'est ainsi qu'ils gardèrent, parmi leurs institutions, l'usucapion telle que l'avaient admise les Décemvirs. Mais ils la soumirent à deux conditions, la bonne foi et le juste titre. Cette transformation ne s'opéra pas tout d'un coup : elle s'effectua insensiblement sous l'influence des idées nouvelles, résultat du progrès de la civilisation. Le délai de notre institution étant très court, il devenait indispensable de rendre l'usucapion plus difficile. Pour répondre à ce désidératum, il eût été assez simple d'augmenter le temps requis ; mais il eût fallu pour cela porter atteinte aux principes établis, procédé qui paraissait très grave aux yeux des Romains : on trouva plus sage et plus équitable de compléter l'œuvre de la loi des XII Tables en exigeant, pour la validité de l'usucapion, le juste titre et la bonne foi.

Nous avons vu qu'on avait d'abord attaché grande importance à l'origine de la possession, qui ne devait être ni clandestine, ni violente, ni précaire. « C'est en analysant plus finement les cas dans lesquels le possesseur échapperait à tout reproche de clandestinité, qu'on arriva à exiger de l'usucapiens la bonne foi et le juste titre qui, sans doute, au début, ne se distinguèrent pas nettement l'un de l'autre. » [1]. Il est assez difficile de préciser l'époque à laquelle furent exigées ces deux conditions. Aucun document légis-

1. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*.

latif ne consacra spécialement cette modification, qui s'introduisit peu à peu ; tout ce que nous savons, c'est qu'elle remonte à une date assez ancienne. Cette induction repose sur un passage de Triphoninus, qui parle du « *jus bonæ fidei emptoris vetustissimum* [1].

1. L. 12 § 8. Dig. 49. 15.

Cette observation, remarquons-le, n'est pas sans importance : elle concourt à nous démontrer pourquoi l'usucapion pro herede fit exception à la règle générale en ce qui touche notre matière. Nous y reviendrons.

Il est donc bien évident maintenant que la seule condition requise pour la validité de l'usucapion à l'origine, n'était que la possession pendant un certain laps de temps. Les hypothèses dans lesquelles cette unique condition demeura exigée par la suite ne sont pas des exceptions à une loi nouvelle, mais bien l'application, dans certains cas particuliers, des principes anciens.

Nous diviserons cette étude de la manière suivante :

Chapitre I *Nature de l'usucapion pro herede.*

— II *Transformations successives de cette institution.*

— III *Conditions de validité.*

— IV *Moyens de protection accordés à l'héritier.*

— V *Effets de l'usucapion pro herede.*

CHAPITRE PREMIER

NATURE DE L'USUCAPION PRO HEREDE

L'usucapion pro herede est une institution grâce à laquelle un tiers, sous certaines conditions, parvient à se faire reconnaître comme l'héritier d'une personne décédée et à s'emparer de la succession[1]. Ce mode d'acquisition, dont l'étude aujourd'hui encore n'est pas complète, est particulier au droit romain : aucune autre législation n'en fait mention. Les auteurs anciens s'en étaient assez peu occupés ; les interprétations qu'ils en donnaient n'étaient pas satisfaisantes. Il y avait sur ce point une lacune dont l'existence n'a rien de surprenant : les textes, assez rares d'ailleurs, que nous possédons maintenant sur la matière leur faisaient en partie défaut. Les seuls renseignements que contenait le *corpus juris* à ce propos sont la loi 2 au Code VII 29, et la loi 11, au Digeste 28, 2 de Paul, document célèbre, qui a servi de point de départ aux recherches qu'on a faites sur la situation juridique de la famille antique. La difficulté était de donner une solution rationnelle de la loi 2 au Code : *Nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus existentibus, magis obtinuit.* La

1. Il en fut ainsi, du moins pendant la première période, depuis l'origine jusqu'à l'ère chrétienne ; à partir de cette époque, ainsi que nous le verrons, l'usucapiens n'est plus héritier, mais simple successeur à titre singulier.

plupart des commentateurs de droit romain, qui, jusqu'au XIXe siècle, étudièrent la question, se firent de notre institution une idée absolument fausse. Seuls, Cujas et Duaren en donnèrent une explication qui se rapproche de la vérité.

La théorie de Cujas repose sur le texte de Paul. D'après la loi 11, D. 28, 2, nous voyons en effet que, du vivant de leur père, les enfants sont considérés comme copropriétaires du patrimoine qui composera la succession: « *Etiam vivo patre quodammodo domini existimantur* ». Il résulte qu'ils n'acquièrent, à la mort du paterfamilias, qu'une administration plus large des biens qui étaient déjà réputés leur appartenir. S'il en est ainsi, et c'est bien ce qu'affirme le jurisconsulte, il n'y avait pas, à proprement parler, hérédité déférée quand le défunt laissait des descendants directs ; l'usucapion pro herede dans ce cas était impossible : la loi 2 était expliquée[1].

Le système de Duaren, moins que celui de Cujas, a entrevu la vérité. Si l'usucapion pro herede ne peut se produire quand il existe des héritiers siens, aux termes du rescrit de Diocletien, c'est que les « heredes sui », par la mort du paterfamilias, sont

1. Nous indiquons seulement pour mémoire une autre opinion du même auteur qui est abandonnée depuis longtemps. Cujas suppose que les héritiers siens dont parle la loi 2 ont eu recours au bénéfice d'abstention. La succession alors sera dévolue aux agnats, qui la prendront seulement comme *bonorum possessores*; car le bénéfice d'abstention laisse subsister la qualité d'*heredes sui*. Les agnats usucaperaient alors *pro possessore, id est pro herede*, car la rubrique du Digeste semble assimiler ces deux usucapions : *Pro herede vel pro possessore*. Il n'y a jamais eu d'usucapion pro possessore : ce *bonorum possessor* possède *pro herede* L. 33, § 15, D., 3. — L. 14, D, S, 3.

investis, non seulement de la propriété, mais encore de la possession. L'usucapion, en effet, suppose que la propriété et la possession sont séparées et que la première, au bout d'un certain délai, passe aux mains de l'usucapiens déjà nanti de la seconde. Duaren, pour expliquer la fin du texte, les mots *magis obtinuit*, qui semblent indiquer une controverse, admet que les héritiers n'ont qu'une quasi-possession. On aurait discuté sur le point de savoir si l' « heres suus » était muni de la « possessio » ou ne pouvait invoquer qu'une quasi-possession ; après hésitation, on se serait prononcé dans ce dernier sens.

Pour Duaren, le fait qui met obstacle à l'usucapion pro herede, en présence d'héritiers siens, est la saisine héréditaire qu'auraient eue ces derniers. Cette idée, qui a été reprise dans ces derniers temps par M. Dubois, n'est généralement pas admise. [1]

Plusieurs autres explications ont été données sur l'usucapion pro herede, qui toutes sont plus ou moins erronées. Aucune de celles qui ont été présentées par la suite, avant le XIX^e^ siècle, ne fit avancer la question.

L'usucapion pro herede restait donc, pour ainsi dire, à l'état de problème, quand, au commencement de ce siècle, la découverte du manuscrit de Gaius vint ouvrir un large champ aux conjectures en cette matière, qui cependant n'est pas encore parfaitement élucidée. L'apparition des œuvres de Gaius,

1. Compte rendu du précis de droit romain d'Accarias par M. Henri Monnier, *Revue critique de législation*, 2, XVI.

dès l'abord et pendant longtemps, donna lieu à des difficultés nouvelles. Des § 58 du 2e commentaire et 201 du 3e, tels qu'ils furent rédigés tout d'abord, il résultait que l'usucapion pro herede était possible en présence d'héritiers siens et nécessaires, solution manifestement contraire à la décision de la loi 2 au Code. Comment faire concorder ces trois textes ? c'était la question. Les jurisconsultes allemands, parmi lesquels on peut citer Gœschen, Gans, Arndts, Puchta, Huschke, Keller, Leist, se livrèrent à ce sujet à des recherches très savantes, mais ne parvinrent pas à résoudre d'une façon satisfaisante cette énigme, dont l'explication paraisssait impossible.

En France, MM. Étienne, de Fresquet, Demangeat, Huc, Machelard ne furent pas plus heureux.

La découverte des commentaires de Gaius n'avait, jusque-là, servi qu'à hérisser de difficultés nouvelles la question, qui cependant était déjà fort obscure. L'opinion presque unanime était qu'une nouvelle lecture des œuvres de Gaius ne servirait à rien. L'Académie des sciences de Berlin, toutefois, pensa différemment ; et, en 1856, elle envoya à Véronne un philologue allemand, M. Studemund, avec mission d'examiner de très près le palimpseste. Après quelques années de recherches, en 1874, M. Studemund publia une nouvelle copie des Commentaires. Ce document, important au point de vue de l'étude du droit romain, a jeté une vive lumière sur notre institution et le but qu'elle devait remplir dans la Rome ancienne. En effet, l'insertion du mot « nihil » dans le § 58 du 2e commentaire et dans le § 201 du

3°, due aux efforts persévérants du savant allemand, permet de faire concorder la solution de Gaius avec celle de la loi 2 au Code. Il est désormais établi qu'en présence d'un héritier nécessaire, l'usucapion pro herede ne peut avoir effet.

Nous savons maintenant en quoi consistait l'usucapion pro herede ; nous sommes sûrs de plus qu'elle ne pouvait fonctionner dans certains cas. Il nous reste à exposer quelle était sa mission et pourquoi les Romains l'avaient admise. Cette question présente un grand intérêt ; mais on est encore aujourd'hui loin d'être d'accord sur la solution qu'elle comporte. Depuis 1874, plusieurs systèmes déjà ont été édifiés pour expliquer ce point délicat : le caractère et la brièveté de cette étude ne nous permettant pas de les exposer tous, nous en analyserons rapidement quelques-uns.

D'après M. Van Vetter [1], l'usucapion pro herede avait été organisée en faveur des cognats : elle leur permettait d'arriver à la succession quand les agnats faisaient défaut.

Cette opinion ne nous paraît guère admissible. Le vieux droit civil n'avait point pour but de venir en aide aux cognats, dont il ne reconnaissait pas les droits successoraux [2]. De plus, il est en contradiction manifeste avec les assertions de Gaius. [3].

Pour M. Maynz, professeur à l'université de

1. *Cours de droit romain*, I, p. 383, n° 17. Gand et Paris, 1874.
2. Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 62.
3. Gaius, II, 55.

Liège [1], tel ne fut pas le but de notre institution. M. Maynz part de cette idée qu'à Rome le testament a préexisté à la succession *ab intestat*. « Si le père de famille, dit-il, n'a pas eu soin de choisir son successeur, ou si la personne désignée ne se rend pas à son appel, le patrimoine délaissé se trouve sans maître : dès lors, le premier venu peu s'en emparer et l'acquérir par une possession continue, comme s'il était héritier, « *pro herede usucapere.* » Quant à l'assertion de Gaius, M. Maynz en fait bon marché, prétendant qu'elle « ne saurait être prise au sérieux. »

Malgré l'affirmation de M. Maynz, nous persistons à croire que Gaius nous indique les vrais motifs de l'usucapion pro herede. De plus, ainsi que le fait très bien remarquer M. Dubois [2], imaginer qu'à Rome la succession testamentaire ait précédé la succession *ab intestat*, c'est se mettre en opposition avec l'histoire universelle du droit et certainement au moins avec celle des peuples de race aryenne, dont faisaient partie les Romains.

Le système de M. Maynz ne nous paraissant pas suffisamment étayé, nous chercherons ailleurs une solution à notre question. Il a du reste été vivement combattu par M. Rivier, qui soutient que la préhension de la succession par les héritiers nécessaires « est un reste de l'ancienne copropriété familiale,

1. *Cours de droit romain*, (4e édit. Bruxelles, 1877), I, 733, II, 455, 8.
2. La saisine héréditaire en droit Romain. *Nouvelle revue historique de droit*, 1880.

comme le principe germanique : « Le mort saisit le vif. »

Si nous nous en tenons aux termes du § 55 du 2e commentaire de Gaius, nous constaterons que l'usucapion pro herede reposait sur deux motifs : l'importance extrême que l'on trouvait à ce que le culte des *sacra* ne fût pas interrompu, et la crainte que l'on avait de ne voir personne répondre aux poursuites des créanciers. La première raison était capitale aux yeux des Romains ; mais, pour la comprendre, il est nécessaire d'exposer l'organisation de la famille antique.

CONSTITUTION DE LA FAMILLE ANTIQUE

Il est incontestable, et Cicéron nous l'apprend [1], que l'héritier, c'est-à-dire le continuateur de la personne du défunt, était astreint à faire les sacrifices qu'accomplissait le paterfamilias. Mais il n'en fut pas toujours ainsi : à l'origine, en effet, la réunion d'individus qui, par la suite, a constitué la famille n'avait pas d'existence propre. Il ne pouvait alors être question de l'usucapion pro herede.

La première forme de société, à Rome[2], fut la « gens », qui n'était à l'origine qu'une sorte de communauté de village obéissant à un chef, le « princeps gentis ». Elle était propriétaire du territoire qui lui

1. *De legibus*, II, 21.

2. Fustel de Coulange, *Cité antique*, p. 113 et suiv. — Les *gentiles* descendaient d'un auteur commun. Le mot même de *gens* (il vient de *gignere*) amène à la conclusion de la communauté d'origine. M. Gauckler, à son Cours, Pandectes 1886-87.

avait été réparti et pratiquait un culte spécial. Combien dura cette propriété collective de la « gens » ? Nous ne saurions l'indiquer. Tout ce que nous savons, c'est qu'elle disparut peu à peu et fut remplacée par la copropriété de famille.

Insensiblement, en effet, le père s'habitua à considérer comme lui appartenant en propre sa maison, sa femme et ses enfants. On finit par admettre qu'il était tout naturel de laisser à ces derniers, après la mort de leur auteur, l'habitation qu'ils avaient occupée, les esclaves qui les avaient servis, les troupeaux qu'ils avaient entretenus et fait prospérer. On fit un pas de plus, et on leur abandonna également le petit coin de terre entourant la maison et que l'on appelait « heredium[1] ». Mais peu à peu ce petit territoire s'étendit, le bétail s'augmenta, les esclaves devinrent plus nombreux ; le patrimoine acquit une importance de plus en plus considérable. Or le paterfamilias et ses descendants étaient copropriétaires de ce patrimoine. Nombre de textes nous l'indiquent formellement, et, pour n'en citer qu'un, nous invoquerons la fameuse loi 11 de Paul[2]. Le chef de la famille, néanmoins, était revêtu d'une autorité très étendue, la puissance paternelle, qui lui donnait le droit de vie et de mort sur ses subordonnés ; de plus il était le prêtre de la religion domestique: c'était lui qui était chargé d'honorer les dieux de la famille, qui n'étaient

1. Varron, *De re rustica*, I, 10.

2. Loi 11, D., 28, 2. On peut encore citer un passage de Plante Trinumus II, 308: Un fils dit à son père : *quod tuum est, meum est ; omne meum autem tuum.*

autres que ses propres ancêtres, en accomplissant les rites prescrits par l'usage. « Les sacrifices particuliers seront perpétuels, dit Cicéron[1] ; que les droits des dieux mânes soient inviolables ; que ceux qui sont morts soient regardés comme des dieux. » La religion primitive consistait dans le culte des ancêtres ; mais le devoir d'honorer les mânes ne se transmettait que par la génération. Pour présider aux sacrifices, il fallait en principe être issu de celui qui avait quitté la vie. La religion, à cette époque reculée, avait une importance extrême et une influence considérable, qui se voyait presque toujours dans les actes des hommes. C'est elle qui donna naissance au droit de propriété[2], en prescrivant d'isoler le lieu de la sépulture, de fixer le foyer au sol et de l'enfermer dans la maison. Le droit de succession découle aussi de la religion : l'homme mort, la propriété doit se transmettre avec le culte. Or, il est d'une importance extrême aux yeux des Romains que la religion soit continuée, et que la famille ne soit pas éteinte ; de même en est-il de la propriété. Le fils est donc héritier sien et nécessaire ; c'est-à-dire que, malgré lui, il sera revêtu de l'administration des biens dont il avait la copropriété du vivant du paterfamilias, devra accomplir les sacrifices, entretenir les « sacra privata », rendre aux mânes les honneurs qui leur sont dus. De cette manière, les traditions de la famille, le culte des ancêtres subsisteront ; les individus passeront,

1. *De legibus*, II, 9.
2. *Cité antique*, p. 70.

mais le groupe qu'ils constituaient demeurera immuable ; et, de génération en génération, les morts, qui sont devenus des dieux, verront leurs descendants leur offrir, aux époques fixées, le repas funèbre qui est pour eux le gage du repos et du bonheur au delà du tombeau. Les héritiers siens, s'ils étaient investis de droits plus étendus que ceux qui leur appartenaient du vivant du chef de la famille, avaient donc à remplir des obligations très sérieuses aux regards des anciens. Il pouvait arriver cependant qu'un paterfamilias décédât sans postérité; qu'allait-il advenir alors de la religion domestique, du culte des ancêtres? à qui allait appartenir le patrimoine? Grave question. Sans doute, des membres de la même famille que lui, issus du même auteur, mais appartenant à une autre branche, pourront rendre à ses mânes les honneurs funèbres et entretenir son foyer. Mais rien ne pourra les contraindre à le faire, et alors, la religion du défunt et de ses aïeux restera sans prêtre : personne ne continuera le culte de sa famille ; ses biens demeureront vacants. Cette situation entraînait des conséquences très graves aux yeux des anciens. Aussi, pour y remédier, on imagina tout d'abord un palliatif, qui n'est autre que l'adoption. Le chef de famille qui mourait sans postérité pouvait, par ce moyen, s'en créer une fictive en introduisant un étranger dans sa famille, remède héroïque auquel on ne recourait qu'en dernière analyse ! « Quand on adoptait un fils, dit M. Fustel de Coulanges[1], il fallait, avant tout,

1. Cité antique, 57.

l'initier à son culte, l'introduire dans sa religion domestique, l'approcher de ses pénates[1] ».

Bientôt on créa le testament, institution nouvelle qui ne fut qu'une autre forme de l'adoption, et permit au testateur de désigner celui qui, après sa mort, lui offrirait les repas funèbres et rendrait hommage à sa mémoire et à celle de ses aïeux. Les conditions et les formalités requises pour la validité de cet acte nous montrent quelle gravité il présentait aux yeux des Romains. L'aspect le plus ancien sous lequel nous apparaît le testament à Rome est la forme *calatis comitiis*, qui subsista longtemps. L'institution d'héritier n'était valable qu'autant qu'elle avait été consacrée par l'approbation du peuple assemblé.

Étant données ces prémisses, d'où l'on pourrait conclure qu'il n'y avait jamais à l'origine de successions vacantes, comment donc se fait-il qu'on ait admis l'usucapion pro herede? Quelle utilité pouvait-elle présenter? Les héritiers légitimes en dehors des « sui heredes », nous l'avons vu, n'étaient pas investis de plein droit de la succession du *de cujus* : pour la prendre, ils devaient faire adition d'hérédité. De même en fut-il de l'institué par testament; il n'était héritier qu'à la condition de le vouloir. Dès lors, ne pouvait-il point arriver qu'il refusât, ou qu'il mourût lui-même avant d'avoir eu le temps de manifester sa volonté? Qu'arrivait-il alors ? C'est qu'on voyait se produire les conséquences néfastes que nous avons signalées : la religion domestique était délaissée ;

1. Cicéron, *pro domo*, 13, 14.

l'autel des dieux Lares abandonné ; et, personne n'allant accomplir les sacrifices sur le tombeau des ancêtres, ceux-ci ne pouvaient goûter dans leur seconde vie un seul instant de félicité. Pour éviter ce résultat malheureux, on imagina de donner les biens du mort à celui qui consentirait à se conduire à son égard comme s'il eût été réellement son fils et qui, entretenant les « sacra privata », continuerait les traditions de la famille, observerait les rites religieux, et rendrait aux ancêtres du *de cujus* et au défunt lui-même les honneurs funèbres [1]. L'usucapion pro herede repose donc avant tout sur un principe religieux. L'usucapiens possédant pendant un certain temps les biens du défunt était considéré comme son héritier, comme son descendant.

Maintenant que nous connaissons la constitution de la famille antique, et que nous avons une notion exacte des idées que se faisaient les anciens sur la religion domestique, il nous est facile de comprendre le texte de Gaius. Le § 55 du 2e commentaire nous indique les vrais motifs de l'usucapion pro herede: « *Quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri ut essent qui sacra facerent, et ut creditores haberent a quo suum consequerentur.* »

Nous avons exposé le premier motif, qui est le plus important, la non-interruption du culte des sacra, « *quorum illis temporibus summa observatio fuit* », dit Gaius ; disons un mot du second, qui

1. On eut recours à l'appât du lucre pour arriver à ce but : « *Ads trinsgitur sacris, is qui de bonis quæ ejus fuerint, quum moritur, usuceperit plurimum possidendo.* » Cicéron, *de legibus*, II, 19.

nous est indiqué par la finale du texte, et qui, quoique moins sérieux, a cependant un certain poids : il rentre d'ailleurs un peu dans le premier. On a dit que, par cette deuxième raison, les Romains avaient voulu protéger les créanciers du défunt en leur donnant quelqu'un à poursuivre pour se payer. C'est exact : évidemment, par les termes qu'il emploie, il est hors de doute que le jurisconsulte ait visé cette hypothèse; mais allons plus loin et recherchons si, à côté de l'intérêt des créanciers, qui était sacrifié dans ce cas, l'abandon de la succession n'entraînait pas pour la mémoire du défunt une conséquence déplorable qu'il importait d'éviter. Nous avons vu quelles étaient les croyances des Romains, et ce qu'ils pensaient du sort réservé aux morts dans la vie qu'ils continuaient au delà du tombeau. Les défunts devenaient des dieux ; ils éprouvaient toutes sortes de félicités et un bonheur constant si quelqu'un accomplissait en leur honneur les sacrifices d'usage ; ils étaient, au contraire, en butte à toutes les infortunes si personne ne leur offrait les repas funèbres. Le défunt dont l'hérédité se trouvait délaissée devait donc supporter de grandes vicissitudes ; il était de plus condamné à un malheur perpétuel : car, personne ne répondant aux poursuites des créanciers, ceux-ci étaient obligés, pour se payer, de recourir à la « venditio bonorum », qui couvrait d'infamie la mémoire du mort.

A quelle époque fut organisée l'usucapion pro

1. Accarias, *Cours de droit romain*, I. 863.

herede? C'est encore un problème. Il est impossible, en effet, de fixer une date, même approximative, à l'apparition de cette institution. D'après différents passages de Gaius, nous pouvons induire qu'elle remontait à une époque ancienne : le jurisconsulte nous indique formellement que l'usucapion existait au temps de la loi des XII Tables. En était-il de même de l'usucapion pro herede? C'est une question que, vu l'absence de textes, nous ne saurions résoudre ; il est probable cependant que notre institution était déjà pratiquée.

CHAPITRE II

TRANSFORMATIONS QUE SUBIT AU COURS DES SIÈCLES L'USUCAPION PRO HEREDE

L'usucapion pro herede a parcouru trois étapes qu'on peut diviser en diférentes périodes de cette manière :

1° Depuis son origine jusqu'à l'ère chrétienne ;

2° Du commencement de l'ère chrétienne jusqu'au règne d'Adrien.

3° Epoque postérieure à Adrien.

Dans la première période, on usucape l'hérédité elle-même ; dans la deuxième, on usucape les choses corporelles de l'hérédité ; dans la troisième, cette usucapion devient peu lucrative, souvent révocable, plus souvent dangereuse, et finit par tomber en désuétude.

SECTION PREMIÈRE

PREMIÈRE PÉRIODE

On usucape l'hérédité elle-même, et on prend le titre d'héritier. Un tiers peut usucaper l'ensemble des biens laissés par le défunt, et lui succéder. Cela se comprend, c'est pour permettre à un étranger de continuer le culte des sacra du *de cujus*, comme s'il était le fils de ce dernier, que cette institution a été

organisée[1]. Le tiers qui s'empare des biens de la succession usucape donc le titre d'héritier. Comment cela peut-il se faire en présence de la théorie des jurisconsultes du Digeste, d'après laquelle l'usucapion ne peut exister sans possession? « *Sine possessione usucapio contingere non potest* », dit Licinius[2]. Comment cela peut-il se produire, puisque nous savons, d'autre part, qu'on ne peut posséder un droit incorporel, Paul nous le dit formellement : « *nec possideri intelligitur jus incorporale*[3] » ? Il est évident qu'à l'époque classique l'usucapion reposait sur la possession ; mais en fut-il toujours ainsi? L'usucapion, comme toutes les institutions humaines, se modifia peu à peu sous l'empire des idées nouvelles qui, grâce à la civilisation,se faisaient jour dans la société romaine. Sous les empereurs, et même avant peut-être, il fallait, pour usucaper, posséder pendant un certain délai avec juste titre et bonne foi. Nous croyons avoir démontré, avec le concours de M. Esmein, que dans le principe la possession suffisait dans tous les cas pour conduire à l'usucapion. Il s'agit maintenant d'examiner si l'unique condition exigée à l'origine ne consistait point dans le simple usage de la chose qu'on voulait acquérir. Il est fort probable qu'il en fut ainsi ; cette conjecture, du moins, repose sur des bases solides et des textes précis. A l'origine la possession n'était pas organisée comme elle le fut dans la suite par les jurisconsultes : elle ne com-

1. Gaius, II, 34.
2. Loi 25, Dig. 41, 3.
3. Loi 4, § 25, Dig., 41, 3.

prenait point les deux éléments essentiels, le « corpus » et l'« animus », sans lesquels plus tard elle n'eut pas d'existence. La possession se confondait avec l'usage. La loi des XII Tables, faisant allusion à l'usucapion, n'exige que l'« usus » ; l'expression « possessio » semble inconnue à cette époque : le texte, en tout cas, n'en fait aucune mention. Ceci n'est point une hypothèse, mais une vérité qui s'appuie sur le témoignage de Cicéron [1]. En outre, Gaius, parlant de la « manus » qui s'acquérait par l'usus, n'est pas moins affirmatif dans notre sens [2] : « *Usu in manum conveniebat quæ anno continuo nupta perseverabat* ». Le mari, en quelque sorte, usucapait sa femme. On pourrait même soutenir qu'il s'agissait là d'une usucapion véritable. N'a-t-on pas vu qu'à une certaine époque le mari gardait sa femme comme une esclave ? Or les esclaves étaient des choses. Il est fort probable que cette idée subsista longtemps encore malgré l'adoucissement des mœurs : ce qui semble bien prouver qu'il dut en être ainsi à une époque dont on ne peut préciser la date, c'est que Gaius [3] prend soin de nous dire que la femme ne peut être usucapée. Pourquoi le jurisconsulte insisterait-il sur ce fait, qui paraît tout naturel, s'il avait toujours existé ? Cette théorie est confirmée par certains passages de Cicéron [4]. Il en résulte que rien de ce qui faisait partie d'une tutelle légitime ne pouvait être usucapé.

1. *Topiques*, IV, 23.
2. Gaius, I, 3.
3. Gaius, II, 90.
4. *Ad Atticum*, I, 56; — *Pro Flacco*, 34, 84.

Or la femme *sui juris* ne pouvait être soumise à l'usus. Il est logique d'en conclure, par argument *a contrario*, que cette prohibition ne s'étendait point à la femme qui n'était pas en tutelle. Mais alors l'allégation de Cicéron n'est-elle point en contradiction avec l'assertion de Gaius? Non; car, à l'époque de Cicéron, la théorie de l'usucapion, qui atteignit plus tard son complet développement, n'était pas encore achevée. En outre, si nous nous en tenons à l'étymologie de l'expression « usucapion », nous voyons qu'elle est composée de deux mots, usu et capere. Que nous montre cette analyse? Qu'à l'origine pour devenir propriétaire d'une chose, il suffisait d'en avoir l'usage pendant un certain temps. La possession ne consistait donc que dans l'« usus ». Nous en voyons une nouvelle preuve dans ce texte de Festus[1] : *Possessiones appellantur agri lati patentes, publici privatique, quia non mancipatione sed usu tenebantur* ».

Or, si la possession ne pouvait s'appliquer à un droit incorporel, il n'en était pas de même de l'usus. On peut exercer un droit, en bénéficier, quoiqu'il ne nous appartienne pas en propre. Qu'y a t-il d'illogique à déclarer qu'au bout d'un certain délai on en soit réputé propriétaire? Mais alors pourquoi créer une institution spéciale permettant d'usucaper le titre d'héritier? Les principes généraux ne suffisaient-ils donc point en cette matière? Non, certes: on n'a pour s'en convaincre qu'à se souvenir que l'usucapiens ne devenait pas seulement propriétaire des biens

1. Festus : V° *Possessio*.

laissés par le *de cujus*, mais encore et surtout qu'il était considéré comme le continuateur de la personne du défunt. Il avait le droit de s'emparer de la succession ; mais, comme corrélation, il avait la mission et le devoir d'honorer les dieux de la famille dans laquelle il entrait après coup. Ce culte, pendant longtemps, ne dut être exercé que par un héritier du sang. On admit dans la suite que l'étranger initié aux rites de la religion domestique par le paterfamiliâs, ou désigné par lui dans un testament, pourrait rendre aux mânes les honneurs funèbres. Seulement, nous l'avons vu, l'héritier institué se trouvait quelquefois dans l'impossibilité d'accomplir la mission qui lui était confiée. Dans l'intérêt supérieur de la religion et du bonheur perpétuel des dieux de la famille, qui n'étaient autres que les ancêtres du dernier défunt, on permit à un étranger de devenir par son fait l'héritier de celui-ci, d'accomplir, au lieu de sa sépulture, les sacrifices d'usage et d'agir à l'égard des biens du mort comme s'il eût été son descendant direct.

SECTION II

DEUXIÈME PÉRIODE

L'usucapion pro herede était donc à l'origine intimement liée aux croyances des anciens : elle devait subsister autant que ces dernières. Mais la religion domestique, œuvre des hommes, devait subir le sort de toutes les créations humaines : se transformer, s'adapter aux idées nouvelles, diminuer peu à peu et

enfin disparaître sans laisser de traces ! Le culte des dieux lares, qui était si fort en honneur aux époques primitives, perdit peu à peu de son prestige : les Romains eux-mêmes, autrefois si fervents, en voyant croître leur puissance, devinrent de plus en plus sceptiques. Ils oublièrent insensiblement les traditions de la famille ; au fur et à mesure que la cité se forma, une religion nouvelle, sensiblement la même pour tous, et qui n'était qu'un assemblage bizarre des diverses croyances des peuples vaincus, se substitua peu à peu aux idées anciennes et détrôna le culte naïf des sacra privata. Les dieux lares disparus, l'usucapion pro herede telle que nous l'avons exposée n'avait plus de raison d'être : on pourrait donc s'étonner de la voir subsister pendant quelque temps. Elle ne devait pas être désormais de longue durée ; mais il était contraire au génie des Romains de supprimer tout d'un coup une institution profondément entrée dans les mœurs. L'usucapion pro herede survécut donc à la religion de la famille, mais elle fut modifiée. Cette transformation elle-même s'opéra d'une manière lente et progressive. La première atteinte sérieuse portée à notre institution est le résultat de la loi Scribonia. A quelle époque apparut ce document ? Il nous est impossible de l'indiquer exactement. On s'accorde généralement à reconnaître que la loi Scribonia fut rendue vingt ou trente ans avant l'ère chrétienne. Elle interdit l'usucapion des choses incorporelles ; désormais donc on ne pouvait songer à s'emparer du titre d'héritier. Il fallut modifier l'usucapion pro herede qui, telle qu'elle était enten-

due jusque-là, ne pouvait plus être pratiquée. Le génie inventif et subtil des Romains tourna la prohibition de la loi, et il fut décidé que dorénavant on usucaperait, non plus le titre d'héritier, puisque c'était impossible, mais les choses corporelles de la succession par une possession individuelle. C'est faute d'avoir compris cette différence que Sénèque s'en moque [1].

La base de l'usucapion en général subit le contrecoup de cette doctrine : elle reposa désormais, non plus sur le simple usus de la chose qu'on voulait acquérir, mais bien sur la possession nettement accusée de cette chose[2]. Il fallait donc, pour usucaper les « res hereditariæ », les posséder en fait, c'est à dire avoir à leur égard le « corpus » et l' « animus ».

Le deuxième motif de l'usucapion pro herede indiqué par Gaius n'eut bientôt plus de valeur. En effet, quand un individu mourait sans postérité, le préteur faisait vendre les biens du défunt pour désintéresser les créanciers. La « venditio bonorum », qui à l'origine, était assez peu employée était devenue d'un usage fréquent. Elle avait encore pour résultat d'entraîner l'infamie à l'égard de la mémoire du *de cujus ;* mais, les « sacra privata » étant tombés en désuétude, les idées que l'on se faisait autrefois sur le sort réservé aux morts s'étaient singulièrement modifiées. On ne se préoccupait plus des effets de l'infamie relativement au défunt.

1. Sénèque, *De beneficiis*, 5.

2. La constitution de la *manus* par l'*usus* disparut à cette époque : ce fait confirme l'assertion que nous avons émise. Gaius I, 3.

Les lois caducaires portées sous Auguste ne furent pas sans influence sur notre institution. Elles permettaient au fisc de mettre la main sur les « bona vacantia ». C'était une espèce de droit d'aubaine que pouvait exercer le Trésor sur les successions en déshérence. Les empereurs voyaient donc d'un œil assez défavorable l'usucapion pro herede, qui n'était pas plus appréciée du vulgaire. Elle était déjà mal famée à l'époque de Cicéron: avouons tout de suite que, ne reposant plus sur l'idée qui la légitimait aux yeux des Romains des époques antérieures, elle ressemblait singulièrement à un vol. La mauvaise réputation qui s'attachait à l'usucapion pro herede ne fit que s'augmenter. Ne nous étonnons donc pas de voir Gaius [1] la qualifier d'*improba*. Nous reviendrons sur ce point. Malgré cela, cependant, elle subsista plus d'un siècle encore.

SECTION III

TROISIÈME ÉPOQUE

L'usucapion pro herede, transformée de la manière que nous avons exposée, parut bientôt de plus en plus inique. Elle l'était en effet doublement : c'était d'abord une exception aux principes admis en matière d'usucapion, qui, pour être parfaite, devait être accompagnée du juste titre et de la bonne foi. Or, ces éléments n'étaient point exigés dans notre

1. Gaius, II, 55.

institution. L'usucapion pro herede, qui se légitimait à l'origine par les considérations que nous avons émises, ne se justifiait plus à l'époque classique, puisque alors elle ne reposait plus sur le même fondement. En outre, l'usucapiens, n'étant plus que successeur à titre singulier, s'appropriait les « res hereditariæ » et n'était tenu d'aucune dette. Il avait ainsi tout bénéfice sans être astreint à aucune charge. Cette anomalie, qui n'existait pas à la période primitive, puisque l'usucapiens était le continuateur de la personne du défunt, augmenta encore la défaveur qui s'était attachée à notre institution. Cette situation ne pouvait durer longtemps. Aussi, vers le commencement du deuxième siècle de notre ère, un sénatus-consulte fut rendu qui permit à l'héritier lésé par l'usucapion pro herede de la faire révoquer, même après le délai requis. On s'accorde généralement à reconnaître que cette solution équitable, œuvre de l'empereur Adrien, était contenue dans le s.c. Jouventien. Toujours est-il que ce document indique rigoureusement le quantum et la nature de la restitution que devait à l'héritier du défunt l'usucapiens, même de bonne foi. Gaius, [1] qui parle de cette décision, sans toutefois la rapporter au s. c. Jouventien, nous expose dans ce cas la procédure à suivre par l'héritier. « *Et ideo*, dit-il, *potest heres ab eo qui rem usucepit hereditatem petendo, proinde eam rem consequi atque si usucapta non esset.* » L'héritier réel, pour faire révoquer l'usucapion pro herede ac-

1. Gaius, II, 57.

complie à son préjudice, devait contre l'usurpateur intenter une action en pétition d'hérédité. Nous avons avancé que l'usucapiens, même de bonne foi, était obligé à la restitution; cette solution, en effet [1], est généralement admise et nous paraît la vraie. Elle s'appuie sur différents textes et notamment la loi 1 pr. Dig. 43. 2. L'interdit « quorum bonorum » était, en effet, accordé à tout « bonorum possessor » contre tout possesseur pro herede. La solution de la loi 4 au Code VII, 34, interprétée par analogie, confirme cette théorie. Le texte décide que le possesseur pro herede ne peut se prévaloir de la prescription « longi temporis » à l'égard de l'héritier revendiquant la succession par la pétition d'hérédité. Or, il est fort à croire que le rescrit de Dioclétien ne fait que rapporter les principes admis en matière d'usucapion pro herede. La loi 7 au Code III, 31, qui est conçue dans le même sens, est une preuve de plus à l'appui de cette opinion. La théorie contraire repose sur la comparaison de deux textes de Gaius [2], desquels il semble résulter que le sénatus-consulte d'Adrien ne visait pas l'usucapiens de bonne foi. Ce système revient à dire que la bonne foi, à partir d'Adrien, fut exigée pour la validité de l'usucapion pro herede. Or, il est à peu près démontré que cette institution anormale était, encore à cette époque, en dehors des règles ordinaires de l'usucapion. Le sénatus-consulte rendu sous Adrien eut pour portée d'empêcher l'héritier

1. Accarias, *Précis*, I, 580, Maynz, III, 11.
2. Gaius, II, 56, 57.

direct d'être frustré par l'usucapiens. Le but que se proposait l'empereur n'eût pas été rempli, si l'usucapion pro herede accomplie avec bonne foi n'avait pu être révoquée par l'héritier.

A partir d'Adrien, cette usucapion ne fut plus lucrative du tout ; elle ne donnait un gain que lorsqu'il n'y avait pas d'héritiers, ou qu'ils n'acceptaient point la succession : le bénéfice alors ne devait pas être considérable. S'il en eût été autrement, le fisc, qui, nous l'avons vu, pouvait s'emparer des « bona vacantia » n'eût pas laissé passer cette occasion de s'enrichir. L'usucapion pro herede n'avait plus guère d'utilité pratique ; elle devait être assez rarement employée, mais elle n'était pas abolie. Marc-Aurèle qui régnait une vingtaine d'années après Adrien[1], porta un coup terrible à notre institution. L'empereur décida, en effet, que celui qui aurait appréhendé des « res hereditariæ » de mauvaise foi serait poursuivi, et pourrait être puni comme coupable de « crimen expilatæ hereditatis ».

C'est alors, mais alors seulement, qu'on pourrait soutenir que la bonne foi est nécessaire pour la validité de l'usucapion pro herede. Elle ne sera profitable à celui qui l'aura pratiquée de bonne foi que si le véritable héritier ne réclame pas.

De la loi 2 § 1, Dig. 47, 19, il résulte que l'on pouvait accuser de « crimen expilatæ hereditatis », l'usucapiens de mauvaise foi, quand il n'était pas possible de diriger contre lui l'action furti : « *Quo casu*,

1. De 161 à 180.

dit Ulpien, agi furti non potest. » Ce n'est donc pas sans raison qu'au début de ce chapitre, nous avons annoncé que l'usucapion pro herede, dans la troisième période, était souvent révocable et plus souvent dangereuse. Il est cependant assez difficile de donner une interprétation exacte du texte d'Ulpien. Il est certain, en effet, que la préhension d'un objet faisant partie de l'hérédité, même après l'adition, ne constituait point un « furtum ». Nous expliquerons plus loin la raison de cette anomalie. Il faudrait traduire l'expression « quo casu....., etc. » de la loi 2 par les mots « auquel cas » ou « parce qu'alors » il était impossible d'intenter l'action furti. Il est à remarquer que l'héritier qui avait accusé l'usucapiens du crimen ne pouvait plus ensuite revendiquer la succession. Il devait laisser se développer la procédure criminelle, qui le remettait en possession des « res hereditariæ ». Il devait choisir, dit la loi 3 au Digeste 47-19, entre cette voie et la revendication. En outre, c'est la loi 4 qui nous l'apprend, les cohéritiers de celui qui intentait l'action profitaient de la restitution accordée au réclamant : « *Res hereditarias omnium heredum fuisse communes* », dit Paul.

Des différents textes, assez peu nombreux d'ailleurs, qui composent le titre 19, il résulte que l'action intentée contre l'usucapiens de mauvaise foi était une « cognitio extraordinaria ». Cette procédure ne distinguait plus deux phases dans le même procès, comme sous le système formulaire. Elle était de la compétence du præfectus Urbi à Rome, du gouverneur dans les provinces.

L'usucapion pro herede subsista encore après Marc-Aurèle ; mais elle différait singulièrement, par ses motifs et par ses effets, de l'institution des siècles primitifs. Successivement modifiée et restreinte, elle devint d'un usage de plus en plus rare. Aucun texte législatif ne la supprima ; elle tomba d'elle-même en désuétude. Sous Justinien, il n'en est plus question que pour mémoire.

CHAPITRE III

CONDITIONS DE VALIDITÉ DE L'USUCAPION PRO HEREDE

On peut en indiquer quatre :

1° Il faut qu'il s'agisse d'une succession à laquelle n'est appelé, ni un héritier sien et nécessaire, ni un héritier nécessaire ;

2° Que la succession soit ouverte,et que les choses qu'on veut acquérir aient bien été comprises dans le patrimoine du défunt ;

3° Que l'usucapiens succède immédiatement au défunt et possède pendant le temps requis ;

4° Que l'usucapiens ait la « factio testamenti » et le « jus.capiendi ».

SECTION PREMIÈRE

IL FAUT QU'IL S'AGISSE D'UNE SUCCESSION A LAQUELLE N'EST APPELÉ, NI UN HÉRITIER SIEN ET NÉCESSAIRE, NI UN HÉRITIER NÉCESSAIRE.

Il y avait à Rome trois catégories d'héritiers parfaitement distinctes : la première comprenait les héritiers siens et nécessaires ; la deuxième, les héritiers simplement nécessaires ; la troisième, les héritiers externes, qui étaient ceux appelés par le testament ou la loi (en dehors des « sui heredes » ou des « necessarii »).

En présence d'héritiers externes, l'usucapion pro herede était toujours possible. C'est précisément pour parer à l'inconvénient résultant de l'abstention de l'héritier externe qu'on avait organisé notre institution, qui, comme nous l'avons vu, reposait sur un motif religieux. Dans cette hypothèse, d'ailleurs, la chose allait de soi : les biens de la succession, n'étant encore apréhendés par personne, pouvaient être usucapés par le premier venu. Il n'en était pas de même lorsque le défunt avait laissé des « heredes sui » ou un héritier nécessaire; et aujourd'hui il est parfaitement reconnu qu'en présence de tels successeurs, l'usucapion pro herede *était impossible*. Nous savons en effet que, depuis la recension de M. Studemund, il est facile de faire concorder le texte de Gaius avec les décisions de la loi 2 au Code (VII 29). Jusque-là pas de difficulté, tout le monde est d'accord : il n'en est plus ainsi lorsqu'il s'agit d'expliquer pourquoi l'usucapion pro herede n'était pas possible dans les cas précités. Peu de questions ont soulevé des débats plus intéressants, et bien des opinions déjà ont été émises sur la solution qu'elle comporte. Ne pouvant analyser tous les systèmes qui se sont édifiés sur ce point controversé, nous allons très brièvement exposer quelques manières de voir sur la question, et nous indiquerons la théorie qui nous paraît la plus vraisemblable.

M. Dubois prétend que l'usucapion pro herede n'était pas possible en présence d'héritiers siens et nécessaires, « parce que, dit-il, ces successeurs étaient investis de la saisine des biens du défunt. Ils en avaient la copropriété de son vivant et, à l'instant du

décès, ils en acquièrent la possession ». La même théorie, d'après M. Dubois, fut appliquée, après hésitation, aux héritiers simplement nécessaires. — On ne connaissait pas à Rome la saisine, qui tire son origine du droit germanique et du droit féodal. De plus, la proposition de M. Dubois est inexacte ; car, dit M. Accarias, « l'héritier nécessaire ne peut acquérir de plein droit et au moment du décès que ce que l'héritier externe acquiert par l'adition ; or la possession n'y est pas ».

Un auteur allemand, M. Pernice, émet une autre opinion. Pour lui, cette impossibilité tient à la mauvaise réputation qui s'était attachée à notre institution et au désir qu'on aurait eu de la restreindre. Cette explication est insuffisante ; car l'impossibilité que nous signalons existait à l'origine, alors que notre institution ne méritait pas encore l'épithète d'*improba*, que ne craignit pas de lui donner, beaucoup plus tard, Gaius.

Prenons la première hypothèse : le défunt a laissé des « heredes sui ». Il est avéré que, dans ce cas, l'usucapion n'est pas possible. Il faut maintenant indiquer la raison de cette impossibilité, et, pour cela, il est nécessaire de remonter à l'origine de notre institution. Elle avait été créée, nous le savons, pour empêcher l'interruption du culte des sacra, et pour présenter quelqu'un chargé de répondre aux poursuites des créanciers. Or ce but n'était-il pas atteint quand le *de cujus* était représenté par un de ses descendants en ligne directe ? Il n'y avait nullement à craindre, dans ce cas, que l'héritier ne continuât pas

la personne du défunt : il était « heres suus et nécessarius ». Qu'est-ce à dire? Qu'il appartenait à la famille du mort, qu'il était le descendant de ce dernier, que, malgré lui, il devait accepter la succession et entretenir le culte des sacra privata. Il n'y avait aucune difficulté dans ce cas : le paterfamilias qui laissait sur la terre un ou plusieurs enfants pouvait sans crainte aller rejoindre ses ancêtres, et à côté d'eux reposer en paix. Il était sûr que la religion domestique ne resterait pas sans prêtre, que le foyer serait entretenu, les dieux lares, honorés. Il est donc à peu près démontré qu'à l'origine aucune controverse ne s'est élevée sur ce point.

Mais alors comment expliquer la loi 2 au Code VII, 29, ainsi conçue: « *Nihil pro herede usucapi suis heredibus existentibus magis obtinuit?* » Les deux derniers mots du texte semblent indiquer qu'il y eut doute en cette matière. Or, nous venons de prouver qu'il n'y eut dans le principe aucune discussion sur le point qui nous intéresse.— D'accord, nous répondon, mais elle s'est élevée plus tard.— Cependant, si nous demandions à nos adversaires à quelle époque la question a été débattue, ils seraient peut-être assez embarrassés pour nous la préciser exactement. Il est certain d'abord que le débat n'exista pas avant Gaius. Comment admettre, en effet, qu'il l'ait passé sous silence, lui qui justement prend bien soin de nous indiquer que l'impossibilité de l'usucapion, en présence d'un héritier nécessaire, ne fut point admise sans conteste : *placuit* du § 201 du 3° C ? — Mais alors, nous objectera-t-on, si la controverse n'a

pas eu lieu avant Gaius, elle s'est élevée après. — C'est ce que nous allons voir. Gaius, nous le savons était contemporain de Marc-Aurèle : par conséquent, c'est à son époque que fut rendue la décision qui, permettant d'accuser de « crimen expilatæ hereditatis » l'usucapiens de mauvaise foi, restreignait singulièrement le champ d'application de l'usucapion pro herede, laquelle d'ailleurs commençait d'elle-même à tomber en désuétude. Elle était déjà bien mal considérée à l'époque de Cicéron, qui mourut 43 ans avant l'ère chrétienne ; et, dans les deux siècles qui suivirent (Marc-Aurèle régna de 161 à 180), la mauvaise réputation qui s'était attachée à notre institution ne fit que s'accroître. Toutes ces causes ne contribuèrent pas peu à la rendre de plus en plus rare. Nos adversaires prétendent que la controverse dut être soulevée à l'époque de Doclétien ; car c'est de lui qu'émane le rescrit qui forme la loi 2. Or, Dioclétien régna de 285 à 323. Nous soutenons, nous, qu'aucune discussion ne put être élevée sur notre sujet au commencement du IVe siècle. Pourquoi ? Parce qu'il n'est guère admissible que, sur une institution qui depuis si longtemps tendait à disparaître, et qui au temps de Dioclétien devait être complètement tombée au désuétude, une controverse ait pu naître. Où serait l'intérêt ? Le mot « magis » contenu dans la loi 2 n'est qu'une adjonction malheureuse due à l'ignorance d'un copiste. Cette expression, d'ailleurs, n'est point contenue dans toutes les éditions du « corpus juris ». Dans celle de M. Krüeger, de 1875, elle est supprimée. Si le rescrit tranchait une

hypothèse déterminée, comme on l'a prétendu, il ne serait point conçu en termes si brefs. Pour nous, il n'est que la reproduction du principe qui fut toujours admis en cette matière.

Examinons maintenant la 2e hypothèse : le *de cujus* a institué un « heres necessarius », c'est-à-dire un esclave; quels étaient alors les motifs du testament? Nous en reconnaissons deux : le premier est que le testateur voulait, quand il n'avait pas de descendants directs, assurer la continuation du culte des sacra. Il eût été aussi simple dans ce cas d'instituer un étranger, dira-t-on. Non ; car l'étranger aurait pu ne pas vouloir accepter la succession, et alors le but que s'était proposé le défunt n'eût pas été atteint. De plus, et c'est, pensons-nous, le deuxième motif, si on était obligé de recourir à la « venditio bonorum », c'était sur l'héritier que retombait l'infamie. L'esclave étant « heres necessarius » n'avait aucun moyen de se soustraire à l'institution dont il était l'objet. Il y avait, d'ailleurs, tout bénéfice, car il y gagnait la liberté. — Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, il y avait parité de situation; et néanmoins Gaius nous indique[1] qu'on n'admit pas sans difficulté l'impossibilité de l'usucapion pro herede, en présence d'un héritier simplement nécessaire. La chose en elle-même n'a rien d'étonnant; car, malgré l'analogie que nous avons signalée entre la situation de l'héritier nécessaire et celle de l'héritier sien et nécessaire, il n'est pas extraordinaire d'admettre qu'on ait discuté sur le

1. Gaius, III, 201.

point de savoir si l'esclave, comme le filiusfamilias, pouvait continuer la religion domestique. Après hésitation, (placuit) on reconnu qu'il pouvait en être ainsi, et cela, d'autant mieux que le servus participait au culte de la famille à laquelle il appartenait[1]. Jusqu'ici, pas de difficulté : l'interprétation que nous venons de donner explique le § 201 du 3e C. de Gaius. Mais comment se fait-il que ce texte indique une controverse en cette matière, tandis que le § 58 du 2e C., qui paraît aussi viser cette hypothèse, n'en fait pas mention ? La réponse est que le § 58 n'a pas trait à cette matière, mais qu'elle concerne spécialement l'héritier sien et nécessaire. Nous reconnaissons, avec M. Dubois [2], que, pour interpréter de cette façon le passage de Gaius, il faut y ajouter « suo » au principium; mais cette adjonction nous paraît indispensable pour l'intelligence du texte. Tous les commentateurs du droit romain s'accordent à reconnaître que le § 58, tel qu'il a été lu par M. Studemund, ne peut être compris sans correction : il faut donc le modifier. Il est ainsi redigé: « *Et necessario tamen herede extante nihil ipso jure usucapi potest.* » Le mot « et » qui est au commencement du texte est, remarquons-le, précédé d'un point. Plusieurs auteurs allemands, Studemund, Krüeger et Gneist, suppriment le point et l'expression « et ». Elle vient, disent-ils, par inadvertance de copiste, du

1. Cicéron, *de Legibus*, II, 11.

2. *La saisine héréditaire en droit romain*, nouvelle revue critique 1880.

mot « esset » qui termine le § 57. Cette suppression, qui fait trop bon marché du texte, est inadmissible ; car elle change le sens de deux phrases séparées par un point : le motif sur lequel elle s'appuie n'est pas suffisant pour l'autoriser. Le passage de Gaius, tel que nous le supposons, se comprend parfaitement. Cette interprétation concorde de tout point avec l'explication que nous avons donnée de la loi 2 au Code, à savoir, qu'en ce qui concerne la présence d'un héritier sien et nécessaire, il n'y eut pas controverse. Il serait au moins étrange, en effet, que Gaius, parlant de l'impossibilité d'usucaper pro herede en face d'un héritier nécessaire, n'eût pas fait allusion à l'hypothèse toute voisine où le successeur, au lieu d'être simplement un esclave, est un « heres suus et necessarius. » En outre, comment admettre que, dans le § 201 du 3e commentaire, Gaius ait voulu répéter, sans nous donner plus de détails, ce qu'il avait déjà dit sur cette matière, dans le seul but de nous indiquer l'existence d'une controverse? Si les paragraphes précités avaient trait tous les deux à l'impossibilité d'usucaper en présence d'un héritier nécessaire, ce n'est pas le deuxième qui contiendrait l'expression « placuit », mais bien le premier. Il ne faut pas accuser Gaius d'une négligence, quand on peut autrement donner un sens parfaitement logique à ses textes. Il nous semble donc certain que le § 58 du 2e commentaire se rapporte à l'hypothèse où le défunt a laissé un héritier sien et nécessaire. Dans les deux espèces,

l'usucapion pro herede est imposible pour les motifs que nous avons indiqués. Dans la première, cette théorie fut admise sans conteste ; dans la deuxième, elle souffrit peut-être quelque difficulté, mais fut néanmoins acceptée.

SECTION II

IL FAUT QUE LA SUCCESSION SOIT OUVERTE ET QUE LES CHOSES QU'ON VEUT ACQUÉRIR AIENT BIEN ÉTÉ COMPRISES DANS LE PATRIMOINE DU DÉFUNT.

Pour que l'usucapion pro herede soit possible, il faut que le propriétaire des « res » qu'on veut usucaper soit mort. On ne peut usucaper pro herede que les biens d'un défunt. Cela ressort du motif même de notre institution, qui, comme on sait, avait pour but d'empêcher la discontinuité de la religion domestique. Le paterfamilias vivant, il ne pouvait être question d'interruption du culte des dieux Lares. Pomponius nous le dit formellement : « *Pro herede vivi ex bonis nihil usucapi potest*[1] ». Puis le jurisconsulte ajoute : « *Etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit* ». Notre institution est donc impossible même au cas où le possesseur croirait à tort que les biens qu'il prétend acquérir font bien partie d'une succession et constituent des « res hereditariæ ». Ainsi, il est nécessaire, pour que l'usucapion pro herede puisse fonctionner, que le propriétaire du patrimoine qu'on veut usucaper soit mort réellement. Nous avons

1. L. 1, Dig., 41, 5.

donné la raison qui motiva cette prohibition pendant la première période, alors que l'usucapiens devenait héritier. Dans les autres époques, elle ne reposa plus sur la même base, mais sur ce fait que les choses qu'on pouvait usucaper devaient être des « res hereditariæ[1] ». La loi 3 au Code VII, 29, n'est pas moins formelle en cette manière que le passage précité de Pomponius.

L'usucapiens pouvait acquérir les choses ayant appartenu au défunt ; mais que décider de celles qui étaient simplement détenues par le *de cujus ?* Lui était-il possible de les usucaper pro herede ? Non ; car elles n'étaient pas, à proprement parler, des « res hereditariæ ». Mais il pouvait se faire que le défunt ait commencé lui-même à usucaper les choses en question. Dans ce cas, l'héritier, s'il les possédait avec juste titre et bonne foi pendant les délais requis, en devenait propriétaire ; il joignait sa possession à celle de son auteur[2] ce qui lui abrégeait le temps exigé. Toutefois, il fallait pour cela que le *de cujus* ait été lui-même « in causâ usucapiendi », et que sa possession ait été exempte de vices dès l'origine. Et alors, à l'expiration du délai fixé par la loi, l'héritier du défunt (l'usucapiens dans l'espèce) était investi du « dominium ex jure Quiritium », comme le *de cujus* l'eût été lui même. C'est ce que nous apprend ce passage des Institutes: « *Diutina possessio quæ prodesse cœperat defuncto, et heredi et bonorum possessori*

1. Gaius, II, 52.
2. En vertu de l'*Accessio possessionum.*

continuatur, licet ipse sciat prædium alienum. Quod si ille initium justum non habuit, heredi et bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest [1] ». L'héritier ne peut donc acquérir les choses simplement détenues par le défunt, si celui-ci ne les possédait pas avec juste titre et bonne foi, en vue d'arriver à l'usucapion, quand même il croirait que ce sont des « res hereditariæ ». Tout autre est l'hypothèse prévue par Pomponius dans la loi 3, Dig. 41, 5 : « *Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse quæ non sit, posse me usucapere* ». Il résulte, en effet, de ce texte qu'on peut usucaper pro herede une chose qu'on croit à tort faire partie de la succession. Le jurisconsulte suppose que cette « res » n'a été ni détenue, ni possédée par le défunt, c'est l'application des principes généraux qui dominent notre institution.

Nous avons dit que l'usucapion pro herede ne pouvait s'appliquer qu'à des « res hereditariæ ». Il en fut ainsi du moins à partir de l'ère chrétienne, puisque auparavant l'usucapiens prenait le titre d'héritier. Or Gaius nous présente les « res hereditariæ » comme « res nullius [2] ». D'un autre côté, Justinien nous apprend que les « res nullius » sont acquises par occupation : « *Quod enim ante nullius est, id primo occupanti naturali ratione conceditur* [3] ». N'y a-t-il pas antinomie entre ces deux solutions ? On le

1. Gaius, II, 52. Instit. II, VI, 12. Loi 11, Dig. 44, 3— L. 4, Code VII, 33.

2. Loi 1, pr. Dig. I, 8.

3. Instit. II, I, 12.

pourrait croire au premier abord ; la contradiction, toutefois, croyons-nous, n'est qu'apparente: elle s'explique historiquement.

Ce n'était point à l'origine les choses corporelles de l'hérédité que l'on usucapait, mais bien le titre d'héritier lui-même. L'usucapiens, ne l'oublions pas, prenait en quelque sorte la place du fils du défunt. Il devait d'abord entretenir les sacra privata et offrir aux mânes les sacrifices funèbres. Au bout d'un certain délai seulement, il devenait propriétaire incommutable des biens laissés par le *de cujus*. Seulement, pour usucaper ces biens, il lui fallait en avoir l' « usus ». Mais précisément l'usage d'une chose suppose qu'on l'a en sa possession. Pour usucaper le titre d'héritier, il fallait exercer, à l'égard des biens de la succession, les droits que confère ce titre. Il n'était pas possible de le faire sans mettre la main sur les « res hereditariæ ». Mais se conduire de cette façon, c'était commettre un vol, c'était s'emparer de choses sur lesquelles on n'avait aucun droit. Le but que l'on s'était proposé en organisant l'usucapion pro herede n'allait donc pas être atteint [2]. Supposons, en effet, qu'avant l'expiration du délai requis pour la validité de l'usucapion pro herede, le véritable héritier, empêché jusque-là d'agir, pour une cause ou pour une autre, fasse adition. Qu'arrivait il alors? Il devenait le continuateur de la personne du défunt, partant propriétaire des biens de ce dernier. La conséquence est qu'il pouvait revendiquer les choses qu'il voyait aux mains

2. Les choses volées ne peuvent être usucapées (Instit. II, VI, § 2-3).

de l'usucapiens. Bien plus, et c'était là surtout le vice de l'institution, il lui était loisible d'intenter contre ce dernier l'action en revendication, l'action « ad exhibendum » ou l'action « furti ». Cette dernière présentait un caractère particulier de gravité : elle aboutissait en général, tantôt au quadruple, tantôt au double, suivant que le furtum était « manifestum » ou « nec manifestum ». De plus, elle entraînait l'infamie contre celui qu'elle frappait. [1]. Ces conséquences fâcheuses étaient donc suffisantes pour mettre obstacle à l'usucapion pro herede, qui n'eût pu, dans cette situation, rendre les services importants et d'ordre supérieur qu'on en attendait. Pour parer à ce grave inconvénient, on ne trouva qu'un moyen, c'était de faire en sorte que celui qui tenterait d'usucaper pro herede ne commît point de « furtum » en appréhendant les « res hereditariæ ». L'usucapiens en effet était, en principe, réputé agir bien plus par intérêt pour la mémoire du *de cujus* et de ses ancêtres, que dans un esprit de lucre personnel. C'est pour cela qu'on déclara n'appartenir à personne les choses faisant partie d'une succession, tant qu'elles n'auraient point été appréhendées par un héritier légitime (autre, bien entendu, qu'un « heres suus ») ou testamentaire. Les « res hereditariæ » étaient aussi regardées comme « res nullius. » Celui qui s'en emparait n'avait plus à craindre les résultats rigoureux de l'action « furti » : la difficulté était tournée. Plus tard, notre institution, ainsi que nous l'avons indiqué, changea de nature : on n'usucapa plus le titre

1. Loi 1. Loi 50, Dig., 47, 2.

d'héritier, mais les choses corporelles de la succession. La théorie primitive subsista cependant, et les « res hereditariæ » furent encore considérées comme « res nullius ». On put les usucaper jusqu'à ce qu'elles fussent en la possession de l'héritier véritable. L'adition même qui lui transférait pourtant la propriété des biens de la succession, n'empêchait pas l'usucapion pro herede. La préhension des choses corporelles de l'hérédité par l'héritier produisait seule cet effet. C'était donc par une dérogation très grave aux principes généraux du droit, qu'on pouvait usucaper des « res nullius ». Cette exception se motivait, en notre matière, par l'intérêt considérable que les anciens attachaient à la continuité du culte des dieux de la famille.

Cette théorie, nous devons l'avouer, n'est en réalité qu'une conjecture; mais, outre qu'elle s'appuie sur un texte de Gaius [1], nous la croyons suffisamment étayée par les considérations que nous avons fait valoir, et qui cadrent avec les motifs de notre institution. Il est bien difficile d'arriver à une certitude complète dans une matière, qui, comme celle-ci, n'est éclairée que par des documents bien rares, et qui, grâce à ce fait, n'a pas été jusqu'à ce jour parfaitement mise en lumière. Quand on est réduit à faire des hypothèses, le mieux est d'indiquer la plus vraisemblable.

1. Gaius, III, 201.

SECTION III

IL FAUT QUE L'USUCAPIENS SUCCÈDE IMMÉDIATEMENT AU DÉFUNT ET POSSÈDE PENDANT LE TEMPS REQUIS.

Nous savons qu'à l'origine l'usucapion pro herede s'accomplissait par l'« usus » et qu'elle conférait le titre d'héritier. Il fallait donc que l'usucapiens exécutât des actes d'« usus » à l'égard des objets corporels de la succession. La plupart du temps sans doute, il s'en emparait et continuait à les posséder. Nous n'avons pas de données certaines sur ce qui se passait réellement à cette époque en cette matière. Mais, du but même de notre institution, nous pouvons induire que tout individu qui exerçait, à l'égard d'une succession, les droits d'un héritier véritable pendant le temps exigé, devenait propriétaire des biens du défunt et son héritier. Pour usucaper au titre pro herede, il suffisait de se conduire à l'égard de l'hérédité comme un héritier réel ; mais, bien entendu, il fallait que le successeur légitime (autre que l'« heres suus et necessarius ») s'abstînt complètement. Si en effet il faisait adition en temps utile, il exerçait un droit qu'usucapait l'héritier apparent, et interrompait par cela l'usucapion qui s'accomplissait à son préjudice. Celle-ci n'était donc possible qu'autant que personne n'avait acquis la propriété des biens du mort. Et cela se comprend : l'héritier légitime faisait-il adition, il devenait propriétaire des biens laissés par le *de cujus* et le

continuateur de sa personne. Il acquérait toute la succession, mais il était tenu de toute les charges qui la grevaient. Le patrimoine, ensemble de biens, de créances et de dettes, passait tel quel aux mains de l'héritier ; il comprenait tout ce qui avait appartenu au défunt, même les sacra privata. Or le *de cujus* était chargé pendant sa vie d'honorer les dieux de la famille ; la même obligation s'imposait à l'héritier réel qui avait fait adition, ou à l'usucapiens qui, à son défaut, s'emparait de la succession. L'usucapion pro herede n'était plus possible après l'acceptation de l'héritier légitime ou désigné par testament, parce qu'elle n'avait plus de raison d'être, les biens du mort étant appréhendés par quelqu'un. Cette proposition, qui d'ailleurs nous paraît évidente, est confirmée par un passage de Gaius [1]. Le jurisconsulte, voulant nous indiquer les motifs de notre institution, s'exprime en ces termes: « *Quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri.* » L'usucapion pro herede avait pour but de rendre plus prompte l'adition : c'était là surtout le résultat important qu'on envisageait. Il entraînait, en effet, avec lui toutes les conséquences que nous savons. Le principe qui domine toute la matière consiste donc en ceci, à savoir que, pour être utile en vue de l'usucapion, il importe que l'acte accompli par l'usucapiens n'ait pas déjà été exécuté par l'héritier. Cette règle dura autant que notre institution ; mais elle se modifia et

1. Gaius, II, 55.

s'adapta aux transformations que subit, au cours des siècles, l'usucapion pro herede.

Examinons maintenant notre condition aux périodes suivantes et, pour cela, plaçons-nous à la deuxième période : notre institution alors ne s'applique plus au titre d'héritier, mais simplement aux choses corporelles de l'hérédité, qu'on peut usucaper par une possession individuelle. Celui qui veut s'emparer d'une succession doit donc exécuter des actes de possession. On peut à ce sujet analyser notre proposition et signaler plusieurs hypothèses différentes.

Un tiers quelconque s'empare d'une chose faisant partie d'une succession ouverte et non encore acceptée. Personne ne s'étant jusque-là nanti de cette chose, depuis la mort du *de cujus* qui l'avait en sa possession, celui qui le premier l'appréhendra pourra l'usucaper s'il la possède pendant le temps utile. C'est en effet une « res hereditaria », c'est-à-dire une « res nullius ». Par une exception dont nous avons exposé la raison, la simple occupation ne suffit pas pour transférer à l'usurpateur la propriété de cette chose : il faut une possesion prolongée.

Jusque-là, pas de difficulté ; mais l'héritier institué s'est emparé d'une chose faisant partie de la succession. Il perd la possession, qui, nous le supposons, passe aux mains d'un tiers. Celui-ci pourra-t-il usucaper pro herede la « res hereditaria » ? Non. Pourquoi ? Parce que, dit Pomponius, « *nec pro herede usucapi potest quod ab herede possessum est* [1] ». Pour

1. Loi 29, Dig. 41, 3.

usucaper pro herede, il faut que la chose appréhendée n'ait pas, en quelque sorte, cessé d'appartenir au défunt. Notre institution suppose que l'usucapiens tient son droit immédiatement du *de cujus* : les textes sont formels sur ce point [1]. Il est fort à croire que, dans l'espèce prévue, l'usurpateur ne pouvait jamais acquérir le « dominium » sur la chose dont il s'était emparé ; car, ne l'oublions pas, l'usucapion en général, pour être valable, suppose la coexistence de deux conditions : le juste titre et la bonne foi qui, pour des motifs spéciaux, ne furent point exigés pour notre institution. Or, il est bien probable que, dans l'hypothèse en question, l'une au moins de ces deux conditions fera défaut. L'usucapion sera donc impossible.

Modifions un peu l'espèce précédente, et supposons qu'un tiers s'empare d'une « res hereditaria » tombée entre les mains d'un individu qui la possède depuis l'ouverture de la succession. Ce tiers pourra-t-il usucaper? Non ; mais ce n'est pas pour la raison que nous avons donnée plus haut. Les « res hereditariæ » sont considérées comme « res nullius », tant qu'elles ne sont possédées par personne. Or, il n'en est pas ainsi dans notre hypothèse : le tiers qui avait mis la main sur la chose était en train de l'usucaper. La spoliation dont il est l'objet s'oppose à ce qu'il arrive à acquérir le « dominium ex jure Quiritium » sur la « res » en question. L'usucapiens, toutefois, n'est pas complètement désarmé : le droit romain avait or-

1. Gaius, II, 52, III, 201.

ganisé différentes institutions permettant de recouvrer la possession qu'on n'avait plus. Ces moyens de protection étaient les interdits.

Les interdits étaient des dispositions de la législation prétorienne, concernant à l'origine un fait particulier et devenues peu à peu générales. On distinguait, au point de vue de la possession, les interdits *adipiscendæ*, *retinendæ et recuperandæ possessionis*. Ceux de la 3e catégorie seuls nous intéressent d'une façon spéciale. Le plus important était l'interdit *unde vi*. Il compète à celui qui était nanti de la possession juridique et qui l'a perdue par l'effet d'une « dejectio » ou d'un fait qui y est assimilé, c'est-à-dire d'une violence physique ou morale. Il ne s'applique qu'aux immeubles, mais force le spoliateur à restituer, avec la chose, tous les fruits qu'il a perçus ou dû percevoir depuis la « dejectio [1] ». Si la « res » dont on était dépossédé était un meuble, on avait recours à l'interdit *utrubi* [2]. La possession est encore protégée par les « condictiones possessionis », qu'on n'avait pas, jusqu'à Bruns, aperçues dans le Digeste [3]. Eh bien, supposons que, par un des moyens quelconque que nous venons d'exposer le « dejectus [4] » recouvre la possession de la chose ; il pourra l'usucaper pro

1. Gaius, IV, 154, 155.— Loi 1 § 9, 22, 23. Dig. 43, 16.
2. Loi unique D. 43, 31.
3. L. 25, Dig. 47, 2.
4. Il n'avait pas d'autres moyens. Il ne pouvait, en effet, invoquer l'*usureceptio*, parce que cette institution ne servait qu'au propriétaire dépossédé.— Avait-il l'action *furti* ? Non, croyons-nous ; car, pour l'intenter, il fallait prouver un intérêt fondé sur la propriété ou la détention. Loi 17, § 5, Dig. 19, 5.—Il lui était impossible également de recourir à l'action *vi bonorum raptorum*.

herede. Dans certains cas même, par exemple s'il a intenté l'interdit « uti possidetis », il lui sera possible de compter, dans le délai requis pour usucaper, le temps écoulé avant la spoliation dont il a été l'objet. La possession est alors réputée n'avoir jamais été interrompue.

Il peut se faire, et c'est le dernier point de vue auquel nous allons nous placer dans cette analyse, que la « res hereditaria » ait été du vivant du *de cujus* en la possession d'un tiers. La succession ouverte, ce tiers pourra-t-il usucaper pro herede la chose qu'il possède? Non, parce qu'on ne peut, par sa propre volonté, changer la cause de sa possession : « *Illud quoque a veteribus præceptum est neminem sibi ipsam causam possessionis mutare posse* », dit Paul [1]. Cette règle, qui remonte à une très haute antiquité, ainsi que l'indique le commencement du texte, a traversé les siècles et est encore en vigueur aujourd'hui [2]. La conséquence de ce principe est que celui qui a commencé à usucaper à un titre quelconque ne peut, par le fait seul de sa propre volonté, usucaper à un autre titre. Mais ce qui ne saurait être le résultat de la seule volonté du possesseur peut fort bien se produire par le fait d'un tiers. C'est ce que nous apprend le § 20 de la loi 3 précitée: « *Sed is qui apud me deposuit, vel commodavit,*

1. Loi 3, § 19. Dig. 41, 2.

2. Elle est reproduite dans l'article 2240 Code civil: On ne peut pas prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession. »

eam rem vendiderit, vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare qui ne possidebam quidem.» L'intention d'être propriétaire, et même la manifestation de cette volonté par des actes extérieurs de jouissance que le propriétaire a seul le droit d'accomplir, ne suffit donc pas pour intervertir la possession de celui qui détient à titre précaire. Inutilement s'affirme-t-il propriétaire, inutilement se comporte-t-il comme tel, sa possession demeure toujours infectée du vice dont elle est atteinte et, par suite, inutile pour l'usucapion. Il ne peut *de suo* transformer la nature de sa possession ; par conséquent, il ne saurait acquérir sur la chose qu'il détient le « *dominiun ex jure Quiritium.* » Ainsi envisagé, le principe que nous exposons semble avoir une très grande portée; mais, si on l'examine de plus près, on aperçoit bien vite que son champ d'application est singulièrement restreint par les conditions requises pour la validité de l'usucapion, et notamment par la bonne foi. Le possesseur qui n'aura pas la bonne foi (et il en sera ainsi, par exemple, du détenteur à titre précaire qui prétendrait se mettre en possession utile d'une chose qu'il aura entre les mains) ne pourra usucaper. La règle formulée par Paul, au contraire, sera d'une extrême importance dans les différents cas où l'usucapion n'est pas soumise à l'existence de la bonne foi : sans elle, le tiers qui, pendant la vie du *de cujus*, possédait un objet appartenant à ce dernier pourrait le posséder utilement. Or, nous le savons, pour la validité de notre institu-

tion, la bonne foi n'est point exigée. C'est donc en matière d'usucapion pro herede que le principe, « *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* », a le plus d'intérêt.

Partant de cette idée, certains jurisconsultes allemands soutiennent que c'est précisément en vue de l'usucapion pro herede que fut imaginée la règle précitée. Ce qui le prouverait, d'après eux, c'est qu'à l'origine notre institution fut un des premiers modes d'acquisition pour la validité duquel on n'exigea point la bonne foi. Cette assertion paraîtrait confirmée par la rareté des textes du Digeste ayant trait à cette matière. Les jurisconsultes de l'époque classique s'occupent assez peu de notre institution, parce que de leur temps, disent les auteurs allemands, l'usucapion pro herede était presque tombée en désuétude. La règle de la loi 3 n'est guère commentée au Digeste, parce qu'elle ne présentait plus d'utilité pratique à l'époque classique.

Nous n'admettons pas cette manière de voir ; et nous pensons, au contraire, qu'au moment de son apparition, la règle que nous étudions eut un champ d'application beaucoup plus étendu. Nous avons, en effet, reconnu avec M. Esmein que toute espèce d'usucapion, dans le début, s'accomplissait par la seule possession pendant un certain délai. Le principe que nul ne peut de son fait se changer à lui-même la cause de sa possession, s'appliquait donc à l'usucapion en général.

Le texte qui contient le siège de la matière est

la loi 3 § 19, Dig. 41, 2, que nous avons déjà citée. Il est à remarquer que le jurisconsulte Paul, de qui émane le passage contenant notre règle, ne fait aucune allusion à l'usucapion pro herede. Les différentes hypothèses qu'il prévoit, dans les solutions parmi lesquelles la règle est en quelque sorte encadrée, ne visent que la possession. Or, la possession est la première condition (elle fut la seule pendant un assez long espace de temps) requise pour la validité de l'usucapion. Il est donc fort à croire que la règle était générale. Tout concourt à nous le démontrer : la formule employée par le jurisconsulte, la place qu'elle occupe dans la loi 3, et la rubrique elle-même du titre contenant les différentes solutions de Paul [1]. La conjecture que nous proposons est confirmée par un passage de Julien contenu dans la loi 33, § 1, Dig., 41, 3, dont les décisions font clairement ressortir l'exactitude de notre théorie.

Les auteurs allemands, nous devons à la vérité de le reconnaître, argumentent également de ce dernier texte. La règle s'applique, dit Julien, toutes les fois que l'usucapiens, n'ayant plus la bonne foi, commencerait à posséder dans le but de réaliser un gain, « lucrifaciendi causâ ». — Jusqu'ici rien de bien probant ; mais nos adversaires ne s'en tiennent pas là, et, comparant le texte de Julien avec le § 56 du 2e commentaire, dans lequel l'épithète de « lucrativa » s'applique à l'usucapion pro herede, ils en

1. *De adquirenda vel amittenda possessione.*

tirent cette conclusion, que les passages du Digeste qui ont trait à notre règle ne concernent que l'usucapion pro herede. S'il en était ainsi, il faut bien le reconnaître, nous serions obligés d'admettre que le principe formulé par Paul n'eut jamais une portée générale. Nous avons déja démontré que la loi 3 § 19 Digeste, 41, 2, placée parmi des textes qui contiennent la théorie de la possession, n'est en aucune façon relative à l'usucapion pro herede. Quant à l'épithète de « lucrativa » employée par Gaius, elle n'est vraie qu'à l'époqne classique, et à partir du moment où la loi Scribonia eut interdit l'usucapion des choses incorporelles. A l'origine, l'usucapion pro herede n'était pas considérée comme un moyen malhonnête d'aquérir le bien d'autrui. D'ailleurs, nous ne saurions admettre que le § 1 de la la loi 33 ait trait à l'usucapion pro herede ; la rubrique du titre 3 nous l'indique : ce qui le prouve de plus, c'est que le titre 5 du livre 43 contient un texte [1], qui ne vise, lui, que l'usucapion pro herede. Il y est dit que celui qui est dépositaire ou commodataire d'une chose ne peut l'usucaper pro herede. Cette solution découle de notre règle qui, c'est bien évident, s'appliquera surtout à l'usucapion pro herede, parce qu'elle s'accomplit sans bonne foi. Mais, est-ce à dire qu'elle ne concerne que cette institution et qu'elle n'a été créée que pour elle, nous ne le pensons pas : la loi 3, § 19, Dig., 41, 2, et la loi 33, § 1, Dig., 41, 3, par la place qu'elles occupent, nous démontrent le contraire.

1. L. II, § 1, Dig., *pro herede.*

L'origine de la règle, *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest,* s'explique difficilement, si l'on soutient qu'elle ne s'applique qu'à l'usucapion pro herede. Elle aurait alors eu pour but simplement d'empêcher celui qui, au moment du décès, possédait une « res hereditaria » d'usucaper cette chose. Comment admettre ce résultat, puisqu'on permettait au premier venu de s'emparer de la succession ?

Le principe, au contraire, se légitime parfaitement, si l'on reconnaît qu'au début l'usucapion n'était point soumise aux conditions qui furent exigées par la suite. Sans notre règle, en effet, le tiers détenteur d'une « res aliena » aurait pu, en la possédant pendant le délai requis, en devenir propriétaire. Le principe « nemo sibi ipse.... etc. » nous apparaît comme l'une des premières formes que revêtit la bonne foi en matière d'usucapion. Dire, en effet, que personne ne peut de sa propre volonté modifier la cause de sa possession, n'est-ce point exclure la mauvaise foi ? Or puisque, à une certaine époque, on crut devoir pour la validité de l'usucapion, exiger formellement l'existence de la bonne foi, est-il téméraire d'induire que cette condition n'était point requise auparavant ?

L'usucapion pro herede s'accomplissait par la possession d'un an. C'était une exception à la règle générale, d'après laquelle le délai était d'un an pour les meubles et de deux ans pour les immeubles. Ce fait n'a rien d'étonnant, étant donnés le motif de notre institution et la faveur dont elle jouissait à l'origine.

SECTION IV

IL FAUT QUE L'USUCAPIENS AIT LA FACTIO TESTAMENTI ET LE JUS CAPIENDI

Cette condition nous est formellement indiquée par Paul, dans la loi 4, au Digeste, 41, 5. La « Factio testamenti passiva » était la capacité d'être institué, le droit d'avoir le titre d'héritier. Elle pouvait exister sans le « jus capiendi », qui était la faculté de recueillir une succession; mais alors elle ne procurait aucun avantage à celui qui en était nanti. A l'époque classique, la « factio testamenti » était refusée aux pérégrins qui n'avaient pas le « jus commercii », aux personnes incertaines (c'est-à-dire celles dont le testateur ne pouvait avoir une idée nette) et aux femmes dans certains cas, d'après la loi Vocania.

La loi Junia Norbana enleva le « jus capiendi » aux Latins Juniens ; les Cœlibes et les Orbi en étaient privés par les lois caducaires. Sous Justinien, il fut interdit aux « feminæ probrosæ ». Les différentes classes de personnes que nous venons de passer en revue ne pouvaient donc usucaper pro herede.

Les personnes en puissance pouvaient être instituées dans un testament ; mais ce n'était point pour elles qu'elles acquéraient, c'était pour le paterfamilias sous l'autorité duquel elles étaient placées, et dont elles empruntaient la capacité. Elles n'avaient donc la « factio testamenti » que lorsqu'il n'était

point enlevé au chef de la famille dont elles faisaient partie. De même en était-il du « jus capiendi ». Le paterfamilias pouvait donc usucaper pro herede par l'intermédiaire d'un « servus ». Il avait, en effet, « l'animus possidendi » : rien ne l'empêchait d'acquérir le « corpus» en investissant de sa propre capacité un esclave lui appartenant.

Le filiusfamilias était traité comme un paterfamilias à l'égard du « peculium castrense ». Ce pécule comprenait tout ce que le fils acquérait en qualité de militaire, le butin, la solde et les donations. Le filiusfamilias ne pouvait donc usucaper pro herede *ex causâ peculii castrensis* [1].

Le « peculium quasi castrense » fut créé par Constantin en 321. La question de savoir si l'usucapion pro herede était possible au profit du titulaire de ce pécule ne présente aucun intérêt ; à cette époque, en effet, notre institution était complètement tombée en désuétude. Ce que nous venons de dire du « peculium quasi castrense » est également vrai du « peculium adventitium », qui fut aussi imaginé par Constantin.

1. L. II, D., 49, 17.

CHAPITRE IV

MOYENS DE PROTECTION ACCORDÉS A L'HÉRITIER

Pendant la première période l'héritier externe qui voulait empêcher l'usucapion pro herede de s'accomplir, n'avait qu'à faire adition d'hérédité [1]. L'adition opère une confusion, complète et définitive, du patrimoine du défunt et du patrimoine de l'héritier. Elle transmet à ce dernier la propriété des biens du *de cujus*. L'héritier, externe, après avoir accepté la *succession*, se voyait investi de la propriété des biens héréditaires; mais il n'en avait point la possession. Aussi, dans la seconde période, l'usucapion pro herede devint possible, même après l'adition [2]. Il était alors de toute nécessité de protéger l'héritier (externe) contre la rapacité des tiers, qui, « lucrifaciendi causâ », tenteraient de s'emparer des « res hereditariæ. On lui accorda, dans ce but, la pétition d'hérédité, l'interdit « quorum bonorum », et la Publicienne dans certaines circonstances.

La pétition d'hérédité est l'action par laquelle celui qui se dit héritier dans le sens propre du mot, c'est-à-dire « jure civili », réclame la possession d'une chose faisant partie de la succession [3] ou toute l'hé-

1. L'usurpateur ne pouvant plus acquérir le titre d'héritier qui étai pris par quelqu'un, l'usucapion *pro herede* était impossible.

2. Gaius, III, 201.

3. Loi I § 1, Dig. X, 2 — L. 4, D. V. 3.— L. I § 1, Dig. V. 4.

rédité suivant les cas. Elle s'applique, en effet, à une « universitas juris ». La règle qui domine toute cette matière est tracée par Ulpien dans la loi 9, Dig. De her. pet. Est tenu de la pétition d'hérédité celui qui possède pro herede ou pro possessore une chose faisant partie de la succession. Quels sont ceux qui possèdent pro herede ? Ulpien nous donne la réponse dans la loi 11 pro Dig. De her. pet.— « *Pro herede possidet qui putat se heredem esse.... sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.* » Ainsi donc, la pétition d'hérédité peut être intentée contre celui qui, se croyant héritier, agit comme tel, et contre le « bonorum possessor ». M. Accarias, à ce propos, fait observer qu'il n'est question au texte précité que du « bonorum possessor sine re ». Malgré le silence de la loi 11 à cet égard, « cette supposition, dit-il, est nécessaire si l'on veut que la « petitio hereditatis » triomphe contre lui[1] », quant au possesseur pro possessore, c'est celui qui ne peut donner aucune raison plausible de sa possession, qui ne possède à aucun titre[2]. L'un et l'autre auraient donc pu usucaper, si l'héritier, après avoir fait adition, n'avait eu aucun moyen de s'opposer à leur prétention. Le demandeur, pour réussir dans la pétition d'hérédité, avait à prouver que les choses réclamées faisaient partie de la succession, et à démontrer la validité de son titre.

Ainsi que nous l'avons fait observer plus haut, la

1. Accarias. *Précis de droit romain*, 1000, I, note I.
2. Lois 12, 13, § 4, Dig. V. 3.

pétition d'hérédité n'était possible que pour l'héritier civil. Mais à Rome, à côté des héritiers du droit civil, il y avait des successeurs reconnus par le préteur, qui, impuissant à créer un héritier, donnait aux seconds, en l'absence des premiers, la possession des biens faisant partie du patrimoine du défunt[1]. De là vint le nom par lequel on les désigna : on les appela « bonorum possessores ». C'était, en fait, de véritables héritiers. Pendant longtemps, cependant, ils ne purent intenter contre le possesseur pro herede la « petitio hereditatis » réservée aux successeurs appelés par la loi des XII Tables. Ils n'avaient pour se protéger que l'interdit « quorum bonorum ». Mais le préteur, dont le but était d'adoucir, de compléter et de corriger l'ancienne législation, finit par leur accorder une « petitio hereditatis possessoria ». Celui qui en bénéficiait devait démontrer qu'il était héritier prétorien, et que la chose qu'il réclamait était bien une « res hereditaria ».

L'héritier qui voulait repousser la prétention de l'usucapiens pro herede pouvait aussi recourir à l'interdit « quorum bonorum » imaginé par le préteur pour les « bonorum possessores »[2]. L'interdit « quorum bonorum » s'applique à l'ensemble des « res hereditariæ » ; mais il ne compète qu'au « bonorum possessor » qui n'a pas encore été investi de la possession : celui qui l'a perdue ne peut l'intenter[3]. Le possesseur « pro possessore » et l'usucapiens pro herede étaient tenus de l'in-

1. Gaius, III, 32, 33.

2. L'héritier civil en effet obtenait facilement la « bonorum possessio ».

3. Loi 1. § 1, Dig. 43. 2.— Gaius, III, 34, IV, 144.

terdit « quorum bonorum ». L'héritier qui l'employait devait prouver qu'il avait obtenu la possession, et que son droit était fondé. Moins efficace que la « petitio hereditatis », l'interdit ne tranchait que la question de possession [1]. Il suffisait néanmoins pour empêcher l'usucapion pro herede de s'accomplir, puisqu'il faisait passer la possession des mains de l'usurpateur sur la tête de l'héritier.

L'héritier qui voulait s'opposer à l'usucapion pro herede pouvait-il recourir à la Publicienne [2] ? L'action publicienne est une sorte de revendication, une action réelle fictice, basée sur la supposition que le demandeur, lorsqu'il a perdu la possession de la chose,avait déjà fini une usucapion qui n'était, en réalité, que commencée. Elle s'appelle ainsi, parce qu'elle fut imaginée par un certain préteur Publicius. Pour expliquer les cas d'application de la Publicienne dans notre matière,nous avons deux hypothèses à prévoir.

1° Le *de cujus* avait commencé à usucaper une chose dont la possession lui est enlevée; il remplit d'ailleurs, nous le supposons, toutes les conditions requises [3] pour intenter l'action publicienne; mais la mort ne lui permet pas de le faire. Dans ce cas, il n'y a pas de difficulté : l'héritier, avec la succession, recueillera le droit d'intenter l'action. Mais, nous

1. Loi 2. Dig. 43, 2. Loi 3, Code VIII, 2.

2. Instit. IV, 6, § 3, 4.— Gaius, IV, 36.

3. Il a reçu tradition de la chose, l'a possédée de bonne foi avec une *justa causa possidendi*. La *res* est de celles qui peuvent être usucapées.

devons l'ajouter, elle ne lui servira de rien pour empêcher l'usucapion pro herede. En effet, cette institution ne pourra fonctionner dans ce cas, puisque, lors de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire du décès du testateur, la chose n'était plus en sa possession.

2° Arrivons à la 2e hypothèse. Le *de cujus* était en train d'usucaper une chose qu'il possédait à l'époque de sa mort. La succession s'ouvre ; mais un tiers se met en possession de la chose, qui, on le suppose, n'a pas encore été appréhendée par l'héritier. Celui-ci pourra-t-il, au moyen de l'action publicienne, s'opposer à la prétention de l'usurpateur ? M. Accarias dit non [1]. Malgré l'autorité qui s'attache aux opinions enseignées par M. Accarias, nous croyons devoir répondre par l'affirmative. Certes, si l'on s'en tenait aux conditions ordinairement exigées pour le succès de la Publicienne, cette théorie serait inadmissible ; mais nous pensons qu'ici on a fait exception aux principes, et qu'on n'a pas exigé que l'héritier ait été nanti de la possession de la chose. A l'époque classique, en effet, l'usucapion pro herede était très mal considérée du vulgaire ; elle n'était pas vue plus favorablement du fisc ; on s'ingéniait, par tous les moyens possibles, à la restreindre et à diminuer son champ d'application. De plus, trois textes, que ne parvient pas suffisamment à réfuter l'opinion contraire, appuient fortement notre système. Nous invoquons 1° la loi 1, § 2, D. VI, 2, qui, de l'aveu

1. *Précis de droit romain*, 1012, I, note I.

même de M. Accarias, indique que le droit d'exercer la Publicienne est contenu dans la seule qualité de légataire « per vindicationem ». Il n'y a là qu'une apparence, continue l'éminent auteur; ce qui le prouve, c'est que la loi 2 ne doit point être interprétée isolément, mais doit, au contraire, être rapprochée du texte suivant. — A quoi nous répondons que les deux passages en question, n'étant pas du même jurisconsulte, prévoient deux espèces distinctes, et peuvent fort bien être séparés.

2° La loi 12, § 1, est formelle en notre sens. M. Accarias l'explique en faveur de l'opinion contraire, en disant que le fidéicommissaire n'a pas possédé lui-même, mais qu'il bénéficie de la possession du défunt. Nous demandons alors pourquoi il n'en serait pas de même en ce qui concerne l'héritier, et pourquoi il ne jouirait pas du même avantage [1] ? Enfin la loi 15 au Digeste VI, 2 n'est pas moins probante. L'opinion adverse en fait trop bon marché en prétendant que le mot « possessio » qu'elle comprend est pris dans le sens de « detentio ». — Les Romains connaissaient la portée des mots et leur donnaient toujours leur signification exacte. Nous croyons donc pouvoir affirmer que l'action publicienne était un troisième moyen de protection, accordé à l'héritier pour empêcher l'usucapion pro herede.

1. Gaius, II,253, Instit. II, 23, § 4.—Le s. c. Trébellien,rendu en 62, décida que la restitution d'un fidéicommis universel, sans enlever au fiduciaire la qualité d'héritier, transférerait cependant les effets pratiques de cette qualité sur la tête du fidéicommissaire, de telle sorte que celui-ci, une fois la restitution faite, serait investi et passible des actions héréditaires comme s'il était héritier.

CHAPITRE V

EFFETS DE L'USUCAPION PRO HEREDE

L'usucapiens pro herede qui, dans la première période de notre institution, s'emparait des biens laissés par un défunt n'avait pas toujours tout bénéfice. Il était chargé, nous l'avons vu, d'entretenir le culte des *sacra privata* et d'honorer les dieux de la famille. Mais là n'était point terminée sa mission : il devait répondre aux poursuites des créanciers. Au gain qu'il faisait, en devenant, au bout d'un an, propriétaire du patrimoine du *de cujus*, correspondait l'obligation, qui durait toujours, elle, de payer les dettes de ce dernier. L'usucapion, dans cette première période, lui faisait acquérir le titre d'héritier ; il était donc tenu de toutes les charges qui incombaient à l'héritier. D'après le but de notre institution, il est assez probable, du moins nous le pensons, que l'usucapion pro herede n'était, à l'origine, invoquée que dans un cas, à savoir, lorsque l'héritier institué mourait avant d'avoir fait adition, et qu'il n'y avait point d'héritiers légitimes (autres, bien entendu, que les héritiers siens et nécessaires). Si la succession était bonne, en effet, il est fort à croire que l'institué ne laissait pas échapper une pareille occasion de s'enrichir ; si, au contraire, elle comprenait plus de dettes que d'actif, il ne manquait pas de s'abstenir : mais le motif qui l'empêchait d'agir existait égale-

ment pour celui qui eût eu l'idée d'usucaper pro herede ; et, malgré son désir de perpétuer le culte de la famille du *de cujus*, il est bien certain qu'il laissait s'éteindre le foyer du mort, si le soin qu'il eût pris de l'entretenir avait causé sa ruine. Le raisonnement que nous venons d'exposer pour l'institué s'applique également aux héritiers légitimes tels que nous les avons désignés plus haut.

Dans le cas où l'usucapion pro herede était possible et présentait des avantages, elle pouvait être invoquée par plusieurs personnes à la fois. Jusqu'à l'époque d'Auguste, le tiers qui ne prenait possession que d'une seule *res hereditaria* et la gardait pendant un an, n'était pas moins déclaré héritier pour le tout. Il devenait, en effet, successeur *in universum*, et le titre d'héritier qu'il usucapait était indivisible.

Il n'en fut point ainsi à partir de l'ère chrétienne. L'usucapion pro herede, depuis la loi Scribonia, n'avait plus le but que nous lui avons reconnu dans le principe. L'usucapiens, alors, ne pouvait s'emparer que des choses corporelles de la succession par une possession individuelle. C'était donc tout simplement un successeur à titre particulier, et alors, comme aujourd'hui [1], il était admis que toute personne qui ne recueille qu'un objet déterminé n'est tenue d'aucune charge et ne doit contribuer en rien aux dettes. Les effets de notre institution, à l'époque classique, sont ceux de l'usucapion en général. Le tiers qui avait mis la main sur une *res hereditaria*, et

1. Comp. C. civ., art. 1024.

qui continuait à la posséder pendant un an, devenait à l'expiration de ce délai, propriétaire quiritaire de cette chose. L'usucapiens, dans ce cas, n'avait rien à craindre : il ne pouvait que réaliser un bénéfice. Il est vrai de dire, cependant, qu'il n'acquérait la *res* que dans l'état où elle se trouvait au moment où il acquérait sur elle le *dominium* [1].

L'usucapion pro herede, à partir de sa deuxième période, n'avait plus de raison d'être. Les motifs qui l'avaient fait établir n'existaient plus ; mais les avantages considérables qu'elle procurait aux gens malhonnêtes durent alors la rendre très fréquente. Sans doute, ceux qui recouraient à ce moyen indélicat de s'enrichir étaient mal considérés ; mais il se trouve toujours des gens à qui l'opinion publique importe moins que la propriété de biens convoités. Il est donc permis de croire que, pendant le premier siècle de l'ère chrétienne et le commencement du deuxième, l'usucapion *pro herede* fut très souvent employée. Mais cette institution, devenue contraire aux principes de l'équité, fut singulièrement restreinte par le sénatus-consulte rendu sous Adrien. L'usurpateur n'était plus certain, désormais, en présence d'un héritier, d'acquérir le *dominium* sur une *res hereditaria*, puisque l'usucapion pouvait être révoquée. Marc-Aurèle restreignit encore davantage notre institution, dont les cas d'application, à partir de la fin du IIe siècle, durent être extrêmement rares. Le danger qu'elle présentait l'emportant sur les avantages

1. Accarias, *Précis*, I, p. 575.

qu'on en pouvait retirer, elle fut bientôt laissée de côté : tant il est vrai qu'une institution ne peut survivre longtemps aux motifs qui en ont légitimé la création !

DROIT FRANÇAIS

LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE — SON HISTOIRE

De tous les droits qui appartiennent à l'homme vivant en société, il n'en est point de plus important, de plus essentiel, que la liberté individuelle. Et ce principe, qui a été si longtemps méconnu est aujourd'hui admis par toutes les législations du monde civilisé. La loi ne saurait donc prendre trop de précautions pour veiller à la conservation du droit à la liberté individuelle, et l'entourer de trop de soins. Toutefois, si l'homme, maître de ses facultés, peut agir librement, c'est à la condition de respecter le droit parallèle qu'il rencontrera chez autrui ; car l'homme est appelé à vivre en société. Que cette réunion résulte, comme l'ont prétendu les philosophes du XVIII^e^ siècle, d'un contrat passé entre les individus, qu'elle découle de la nature même de l'homme, qu'elle ne constitue qu'un simple fait, ou qu'elle soit la conséquence de la destinée de tous, il est certain que l'homme

ne doit pas vivre isolé. Or, le bien-être de tous exigeant quelques sacrifices, l'intérêt particulier doit céder parfois devant l'intérêt général. De là le droit qui appartient au législateur de réglementer les rapports qu'ont entre eux les individus composant l'association. Si le législateur a le droit d'édicter des ordres, il faut bien lui reconnaître aussi le pouvoir de punir ceux qui ont enfreint ses commandements, ses dispositions. Or la répression consistera presque toujours dans la privation de la liberté corporelle de celui qui a commis l'abus, de l'auteur de l'infraction. En principe, cette mesure ne devrait résulter que d'une décision judiciaire; en fait et en pratique, elle précédera bien souvent le jugement. C'est un échec au droit à la liberté individuelle, mais il est nécessaire; autrement, dans la plupart des cas, le coupable pourrait se soustraire par la fuite au châtiment qu'il a encouru. La détention préventive est l'incarcération que subit, avant jugement, l'individu accusé d'avoir commis une infraction. Nous examinerons plus loin quels sont le caractère et la base de cette institution; nous nous contenterons pour le moment d'en donner un aperçu historique, et d'exposer les différentes évolutions qu'elle a subies à travers les siècles.

Dans la législation attique, dont l'étude est intéressante à plus d'un point de vue en droit criminel [1], la détention preventive n'était point imposée à

1. à cause, comme le fait remarquer Faustin-Hélie, de la participation des citoyens aux affaires criminelles et du principe de la publicité des débats.

l'accusé, quand trois citoyens se portaient garants de sa comparution en justice. La procédure reposait sur la dénonciation, appuyée des preuves et des indices que devait fournir le plaignant. Si le cas était grave, le magistrat devait immédiatement convoquer les citoyens qui devaient connaître de l'affaire et prononcer le jugement. Tous juraient de se réunir au jour indiqué, qui ne pouvait être fixé qu'après un délai d'un mois, pendant lequel un exposé de l'accusation était affiché dans le prétoire. Ce mode de publicité assez primitif avait pour but de réunir les preuves et les témoignages entre les mains de l'accusateur chargé de prouver le crime. L'inculpé devait également pendant ce délai comparaître devant le magistrat. Il était averti par une sommation du dénonciateur lui-même accompagné de deux témoins. S'il s'obstinait à ne pas obéir à l'injonction qui lui était faite, on pouvait employer la force. La règle était que l'accusé était laissé en liberté quand sa comparution au jour fixé était garantie par trois citoyens. Il n'y avait exception que dans des hypothèses particulièrement graves, par exemple en cas de complot ou crime contre la sûreté de l'Etat ou l'indépendance du peuple.

Il est assez difficile de dire si, en droit romain, la détention préventive existait dans les premiers siècles de la fondation de Rome. Les textes, assez rares d'ailleurs, qui esquissent à grands traits la procédure criminelle de l'époque, sont muets sur la question de savoir si l'accusé était soumis à l'incarcération préalable. Tout ce que nous savons, c'est

que le châtiment était plutôt alors considéré comme une vengeance que comme un acte de justice. Ce qui ressort également des documents que nous ont laissés les historiens de la Rome ancienne, c'est le respect dont on entourait le titre de citoyen. Il est assez difficile d'admettre qu'on ait assimilé au coupable condamné, l'accusé qui par la suite pouvait être reconnu innocent et absous. De plus, le Romain ne songeait guère à s'expatrier; car, en prenant la route de l'exil, il lui fallait quitter pour toujours sa famille et son foyer, ses *sacra*, son culte et le tombeau de ses ancêtres, c'est-à-dire ce à quoi il tenait le plus sur la terre. Etant données ces prémisses et les mœurs des Romains des premiers siècles, peut-être n'est-il point téméraire d'induire que le magistrat ne pouvait faire arrêter un citoyen sur de simples soupçons. D'ailleurs, le droit de punir reposant sur l'idée de vengeance, il ne devait point être rare de voir la force substituée à l'autorité. Dans cet état de choses, il paraît assez naturel d'avancer que, jusqu'au jour de la décision qui devait l'absoudre ou le reconnaître coupable et le punir, l'inculpé restait en liberté. Il lui était permis de rassembler ces moyens de défense, comme à l'accusateur de réunir les indices et les preuves.

Mais peu à peu les mœurs changèrent; au fur et à mesure que s'étendit la conquête romaine, la civilisation s'accrut et le titre de citoyen, dont autrefois le Romain était si fier, perdit de son prestige. Les peuples domptés triomphèrent à leur tour de l'austérité et de la vertu primitives de

leurs vainqueurs, en important, dans la ville destinée à devenir la capitale du monde, le cortège de leur luxe, de leur corruption et de leurs vices. Cette transformation toutefois ne s'opéra pas tout à coup, et, avant d'arriver à son complet développement, elle présenta certains avantages. Par leur contact avec les nations étrangères, les Romains se départirent peu à peu de leur inflexibilité première ; les mœurs s'adoucirent, et la justice tendit à devenir ce qu'elle doit être, le résultat d'actes raisonnés et non la conséquence d'un premier sentiment provoqué par la colère et le désir de la vengeance. On comprit que l'infraction ne portait pas seulement préjudice au particulier lésé, mais qu'elle atteignait aussi la société par le trouble qu'elle occasionnait. On reconnut que le droit de punir n'appartenait pas à l'individu, mais bien à la réunion d'hommes composant la nation ; et on posa en principe que, pour exercer la repression, il fallait agir, non point à la légère, mais avec calme et après mûre réflexion. Dès lors, afin de rendre plus sûre et plus complète la poursuite des infractions, on songea à s'opposer à la fuite du prévenu. On considéra cependant sa présence comme suffisamment garantie par le serment de fidéjusseurs, et la liberté sous caution resta permise. Pendant longtemps même, elle put être exigée par le prévenu : l'histoire nous en a conservé un exemple d'ailleurs bien connu. Un certain Quinctius Cœso poursuivi pour crime capital était conduit en prison sur l'ordre d'un tribun [1] ; l'accusé

1. Tite-Live, III, 13.

protesta contre la mesure prise à son égard, prétendant qu'il avait droit à la liberté jusqu'au jugement. Le tribun répondit que le peuple romain était intéressé à ce que Quinctius Cœso ne se dérobât pas par la fuite au châtiment qui l'attendait. Ses collègues n'admirent point cette manière de voir, on en référa au Sénat; et il fut décidé que, moyennant la garantie de dix fidéjusseurs, l'accusé pourrait provisoirement conserver sa liberté.

La caution était pécuniairement responsable de la comparution en justice du prévenu.

Cette garantie (des abus, sans doute, s'étaient commis) finit par être reconnue insuffisante au cours des âges : on imagina une institution nouvelle, la *custodia*. Elle consistait dans la simple privation de liberté à l'origine. Il est assez difficile de préciser l'époque exacte de son apparition : tout ce que nous pouvons certifier à ce sujet, c'est qu'elle existait au temps de Cicéron [1]. La *custodia* subsista longtemps, même lorsqu'on eut admis l'incarcération provisoire, qui ne fut jamais que l'exception.

Au commencement du VII[e] siècle de la fondation de Rome, à l'époque de l'organisation définitive des *quæstiones perpetuæ*, les accusés pouvaient : être laissés en liberté sur parole ; confiés à leurs fidéjusseurs ; remis aux mains d'une garde militaire, ou incarcérés.

Le prévenu pouvait rester en liberté. Cette hypothèse se présentait la plupart du temps, lorsqu'il s'a-

1. Cicéron, *In Bruto*, c. 37.

gissait d'infractions légères. L'accusé était seulement tenu de comparaître au jour fixé. Le magistrat, décidant du sort provisoire du prévenu, pouvait tenir compte de sa situation, du rang qu'il occupait dans la société et de la considération dont il jouissait [1].

L'accusé pouvait être confié à la garde de ses répondants, de ses fidéjusseurs. A Rome, à la différence de ce qui se passe dans notre droit actuel, qui, pour la liberté provisoire, admet la garantie réelle, la caution était personnelle. Pour rester en liberté, le prévenu devait, non pas justifier d'une certaine fortune ou fournir une somme d'argent déterminée, mais bien présenter des personnes connues, consentant à garantir sa comparution en justice : c'étaient des fidéjusseurs. Pécuniairement responsables de la fuite du prévenu, ils se voyaient, en cas de dol, infliger des peines très sévères. Jusqu'au jour fixé pour la sentence, le prévenu devait rester dans sa propre maison ou dans celle d'un parent, quelquefois dans celle d'un ami. Cette mesure de précaution était une sorte de mise aux arrêts : on l'appelait la *custodia libera* [2].

L'inculpé était, dans certains cas, soumis à une garde militaire. Il était remis aux mains de soldats qui ne devaient point le perdre de vue ; il leur était défendu de l'inquiéter. Quand recourait-on à ce moyen? Lorsque, croyons-nous, des individus accusés d'une infraction ne présentant pas un caractère

1. Loi I, Dig., l. 48, t. 3.

2. Catilina et ses complices furent confiés à la garde de personnes désignées.

exceptionnel de gravité ne pouvaient pas fournir de fidéjusseurs. Les militaires répondaient de la personne du prévenu : « Milites, si amiserunt custodias, « ipsi in periculum deducuntur [1]. » La *custodia* devait être confiée à deux soldats au moins. « Qui, si « negligentiâ amiserint pro modo culpæ, vel casti- « gantur vel militiam mutant [2]. » — Si la fuite n'a été que le résultat d'un cas fortuit, et si le soldat n'est pas en faute, il ne faut pas l'inquiéter, dit l'empereur Adrien.

Jusqu'à la fin de la république et sous les premiers empereurs, la caution parut suffisante et la *custodia libera* fut presque toujours employée. Mais peu à peu elle perdit de son prestige ; dès le IIe siècle de l'ère chrétienne, cette institution tendait à disparaître. Elle tomba bientôt complètement en désuétude et fut remplacée par la *custodia militaris*, qui devint la règle.

Enfin l'accusé pouvait être jeté en prison, mis aux fers. Il en était ainsi dans deux cas : le prévenu d'un crime grave était incarcéré. Cette hypothèse est prévue par un rescrit d'Antonin-le-Pieux, qui nous est conservé au Digeste : « Non esse in vincula conji- « ciendum eum qui fidejussores dare paratus est, « nisi tam grave scelus admisisse eum constet, « ut, neque fidejussoribus, neque militibus committi « debeat ; verum hanc ipsam carceris pœnam ante « supplicium sustinere [3]. » Il en était encore ainsi

1. Loi 12, Dig. 48, 3.
2. Loi 14, Dig., § 2, l. 48, t. 3.
3. Loi 7, Dig. *eod.*

en cas d'aveu : « Si confessus fuerit reus, donec de « eo pronunciaretur in vincula publica conjiciendus « est [1]. » A Rome, l'incarcération était subie dans une antique construction des rois Ancus Martius et Servius Tullius, d'abord destinée à servir de réservoir d'eau. Salluste nous en donne la description [2]. En province, l'accusé était enfermé dans la prison de la ville.

Il est à remarquer que les femmes n'étaient pas soumises à la détention préventive : « Nullam mulie- « rem pro crimina quolibet modo in carcerem aut « mitti, aut includi, aut custodiri concedimus. » Cependant, on enfermait dans un couvent la femme accusée d'un crime capital, lorsqu'il y avait contre elle des charges accablantes.

Les Romains considéraient la détention préventive, non comme une peine, mais comme un moyen d'empêcher la fuite des prévenus : « Carcer ad custodien- « dos homines non ad puniendos haberi debet », dit Ulpien [3].

Cette législation toutefois ne s'appliquait qu'à ceux qui justifiaient du titre de citoyen romain. En ce qui concerne les esclaves et les étrangers, il n'en était pas de même, et on peut dire que pour eux la détention préalable était la règle ; comme s'ils n'eussent pas dû, tout aussi bien que leur maître ou l'habitant de Rome, avoir le droit de se défendre librement d'un crime qu'on leur imputait souvent à tort. Cette

1. Loi 5, Dig. *eod.*
2. Salluste, *Catilina*, ch. 40.
3. L. 8, § 9, Dig. *de pœnis*, 48, 19.

mesure cependant ne fut plus guère réservée qu'aux esclaves, après que la constitution de Caracalla, de l'an 217, eut conféré le titre de citoyen à tous les peuples incorporés à l'empire. Les esclaves mis de côté, l'égalité s'imposa ; on dut créer des mesures de police applicables à tous, et la répression des infractions fut confiée à certains hauts fonctionnaires qui eurent le droit, dont souvent ils abusèrent, d'ordonner des arrestations : « Neminem oportet injici « custodiæ absque jussione magnorum magistratuum « aut locorum defensorum [1]. » A la fin de l'empire, ces magistrats déléguèrent leur pouvoir à des agents spéciaux chargés d'ordonner la détention préalable.

Nous en arrivons à la période des invasions barbares. Pendant un moment tout fut en désordre ; et, sous les coups répétés des hordes du Nord, dont le flot sans cesse grossissant renversait tout sur son passage, l'empire d'Occident tomba, entraînant dans sa chute les institutions romaines, œuvre de tant de siècles. Elles subsistèrent néanmoins dans le Midi de la Gaule, où elles avaient été fortement implantées par Jules César, et elles se maintinrent longtemps en vigueur dans la région que nous avons appelée les « Pays de Droit écrit ». Elles subirent bien, il est vrai, quelques modifications au cours des âges; mais les principes survécurent et demeurèrent les mêmes.

Dans le Nord de la Gaule, qui eut plus à souffrir

1. L. 6, pr. D, IX, 4. *De custodiâ reorum.*

des invasions barbares, une nouvelle législation se forma sous l'influence des coutumes suivies par les peuplades germaniques. Des rares documents qui peuvent jeter quelque lumière sur les usages de cette époque troublée, où le principe de la peine reposait sur l'idée de vengeance, il résulte que la détention préventive n'était guère employée que dans le cas de flagrant délit. L'inculpé restait libre ; il était seulement tenu de comparaître devant le magistrat, dans les sept jours qui suivaient la sommation faite par l'accusateur.

Bientôt cependant on songea à prendre des mesures pour s'assurer de la personne des accusés, et, à cet effet, on posa quelques règles dont nous retrouvons l'idée dans un capitulaire de Charles-le-Chauve, de 873. Le prévenu restait en liberté sous caution. La caution était reconnue suffisante par ce fait que l'inculpé avait quelques biens ; s'il ne possédait rien, il pouvait encore demeurer en liberté, mais à condition de trouver des répondants. Si personne ne consentait à s'engager pour lui, il était incarcéré. Le principe était donc la liberté sous caution : certains passages de Grégoire de Tours et de Marculfe ne laissent aucun doute à ce sujet. Les garanties exigées paraissaient suffisantes, étant donnée la procédure sommaire de l'époque, dans laquelle l'instruction tenait peu de place. L'accusateur citait devant le magistrat le prévenu, qui pouvait faire tomber la plainte quand elle ne reposait pas sur des preuves certaines. Il lui était permis,à cet effet,de se justifier par plusieurs moyens : le serment appuyé de coju-

reurs, les ordalies ou épreuves par les éléments, et le duel judiciaire. Les ordalies devinrent d'un usage très fréquent : on croyait dans le peuple que Dieu ferait un miracle plutôt que de laïsser condamner un innocent. Cette institution d'origine très ancienne fut supprimée en 1205 par le concile de Latran.

Le duel judiciaire, après avoir été très répandu au moyen âge, tomba bientôt en discrédit aux yeux de la papauté, qui, par la bouche de Célestin III, le qualifia d'homicide [1]. Supprimé par Saint Louis, il fut interdit, sous les peines les plus sévères, à tous les seigneurs de France par Philippe-le-Bel.

Enfin, dans certains cas, l'accusé était soumis à la question. La torture, qui fit tant de victimes au moyen âge, dura cependant presque jusqu'à la fin de l'ancien régime.

La liberté sous caution, qui était encore la règle au XII[e] siècle, fut restreinte par Philippe-Auguste, qui la supprima dans certains cas graves, par exemple, lorsqu'il s'agissait d'un meurtre, d'un rapt ou d'une trahison [2]. Les Etablissements de Saint Louis, la coutume de Lorris et la coutume du Berri nous indiquent qu'elle était encore fréquemment employée. Une ordonnance de 1498 et une autre de 1507 nous apprennent également que, moyennant caution de « comparoir en personne au jour que l'enquête se devra rapprocher ou être reçue, le prisonnier pouvait être élargi. »

La division de la procédure en ordinaire ou extraor-

1. Décrétale de 1195.
2. Ordonnance de 1189.

dinaire remonte à l'ordonnance de 1498. La première s'appliquait aux infractions légères ; elle était publique, et l'accusé pouvait encore se défendre librement. L'art. 106 de l'ordonnance nous démontre que, dans ce cas, « l'ajourné à comparoir en personne » pouvait encore rester en liberté. Dans la procédure extraordinaire (dont les caractères sont le secret et l'emploi de la torture), réservée aux crimes présentant un caractère particulier de gravité, la détention préventive était la règle (art. 119 de l'ordonnance). Cette législation fut reproduite et accentuée par l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539. Dans le cas de flagrant délit, le coupable saisi sur-le-champ était interrogé de suite. Dans les autres cas, la procédure commençait par l'information que faisait naître la plainte de la partie civile ou la poursuite du procureur du roi ou du seigneur qui, averti par une dénonciation, requiert le juge, ou enfin par un acte spontané du magistrat. L'information faite, le juge, d'après les conclusions du procureur du roi, ne s'occupait plus de l'affaire ou y donnait suite, suivant les cas, et ordonnait de faire comparaître l'accusé.

L'ordonnance n'était pas formelle à cet égard ; mais l'usage ne tarda pas à introduire dans la procédure criminelle les « adjournements personnels », qui permettaient de laisser en liberté le prévenu influent jouissant d'une certaine considération [1], et le

1. Le décret d'adjournement personnel emportait certaines déchéances. On ne voulut pas toujours les appliquer dans la pratique ; et, au lieu du décret d'adjournement personnel, on employa le décret d' « amenez sans scandale ».

décret de « prise de corps », qui entraînait toujours la détention préalable. Le juge avait un grand pouvoir d'appréciation, et les arrestations étaient souvent arbitraires. L'ordonnance de 1539, malgré cette lacune, n'en subsista pas moins un siècle et demi : elle était encore appliquée au commencement du règne de Louis XIV.

C'est alors que le roi, sous l'influence de Colbert et de Pussort, à qui revient tout l'honneur de l'entreprise, eut l'idée de codifier les règles de l'instruction criminelle. Le projet fut mis à exécution et devint l'ordonnance de 1670, monument très important dans l'histoire de notre législation pénale[1]. Le principe était encore le secret de la procédure ; le juge saisi par la dénonciation ou la plainte devait d'abord constater le corps du délit, et pour ce, l'ordonnance lui traçait minutieusement la marche à suivre : les témoins étaient « ouïs secrètement et séparément »[2] ; la déposition devait être écrite par un greffier en présence du juge[3]. L'information, quand elle reposait sur des indices suffisants, permettait au magistrat de rendre un « décret », mais après en avoir référé au procureur du roi. L'ordonnance reconnaissait trois sortes de décrets : celui « d'assigné pour être ouï », celui d' « adjournement personnel » et le décret de « prise de corps ».

Le premier n'avait pour but que d'aboutir à la com-

1. Il n'y aura plus désormais qu'un seul accusateur, le procureur du roi.

2. Titre VI. art. 11.

3. Titre VI, art. 15.

parution de l'accusé, qui devait être entendu sur la plainte dont il était l'objet; c'était l'ancien « amenez sans scandale ».

Le second, le décret d'adjournement personnel, plus dur que le précédent, entraînait l'incapacité d'exercer toute fonction.

Enfin le décret de prise de corps, qui constituait en état de détention préventive. En thèse, les décrets ne pouvaient être rendus sans information préalable; mais les exceptions à ce principe devinrent tellement multiples, qu'elles finirent par absorber la règle. L'art. 8 du titre X de l'ordonnance nous édifie suffisamment à ce sujet : « Pourra être décerné prise de corps, sur la seule notoriété pour crime de duel, sur la plainte de nos procureurs contre les vagabonds, et sur celle des maîtres pour les crimes et délits domestiques. » Le magistrat, en cette matière, avait un pouvoir discrétionnaire. Pour rendre un des différents décrets organisés par l'ordonnance, il pouvait avoir égard, et à la qualité de la personne de l'inculpé, et à la qualification du délit. Il ne devait ordonner l'arrestation provisoire qu'au cas d'infraction entraînant peine afflictive et infamante. Il est à remarquer que le décret d' « assigné pour être ouï » se transformait en celui d' « adjournement personnel », si le prévenu ne tenait pas compte de l'injonction qui lui avait été faite ; et le décret d'adjournement personnel, en celui de prise de corps, si le deuxième avertissement n'avait pas produit plus d'effet que le premier.

La détention préventive pouvait quelquefois cesser, mais jamais sans ordonnance du magistrat. La liberté sous caution était admise; elle n'était cependant presque jamais accordée quand il y avait réglement de la question à l'extraordinaire : l'ordonnance de 1670 maintenait, en effet, la division de la procédure en ordinaire et extraordinaire consacrée, ainsi que nous l'avons vu, par l'ordonnance de 1539.

En résumé, au XVII^e^ siècle, l'information était secrète, et le pouvoir d'appréciation abandonné au magistrat instructeur extrêmement étendu. Il pouvait en effet, à son gré, arrêter provisoirement le prévenu ou le laisser en liberté ; et, dans le cas où il croyait devoir ordonner la détention préventive, il lui était permis de soumettre à de cruelles tortures l'accusé qui, pour se soustraire à la douleur, s'avouait coupable d'un crime que souvent il n'avait pas commis. Artifice inutile, car alors on lui appliquait la question pour le contraindre à nommer ses complices; et le magistrat impassible entendait sans émotion les cris déchirants que la souffrance arrachait à sa victime, et s'obstinait à les prendre pour des révélations !

Telles étaient les dispositions de l'ordonnance de 1670 relativement à la détention préalable. Ainsi que nous l'avons constaté, elle faisait assez peu de cas de la liberté individuelle, qu'en principe cependant elle semblait vouloir ménager. L'application des règles de ce Code d'instruction criminelle fut plus rigoureuse dans la pratique que

ne l'avaient probablement supposé ses rédacteurs; et, sous l'ancien régime, il n'est pas exagéré de dire que la liberté des citoyens fut presque complètement à la merci de la puissance royale. Cet abus devint singulièrement fréquent, grâce à une institution relativement récente, les lettres de cachet. C'étaient des feuilles renfermant une disposition quelconque, et souvent ne contenant rien du tout, cachetées du sceau du roi et contresignées par un ministre ou un secrétaire d'état. En principe, elles pouvaient exprimer toute espèce de décision. En fait, elles n'avaient guère qu'un but, indiquer le chemin de l'exil, ou celui de la Bastille ! Les lettres de cachet firent beaucoup de victimes sous le règne de Louis XIV et surtout sous celui de Louis XV. Cette attribution vraiment excessive de l'autorité royale ne reposait sur aucun texte législatif. Créée par la pratique, elle fut longtemps admise sans conteste ; mais elle devint d'un usage tellement fréquent, qu'elle souleva bientôt des réclamations de toutes parts. L'école philosophique avec Montesquieu et le marquis de Beccaria, le barreau avec l'avocat Barbier, le courageux Malesherbes et le parlement de Paris lui-même protestèrent avec énergie contre cette violation manifeste de la liberté individuelle. On connaît l'audacieuse remontrance que Malesherbes adressa un jour à Louis XV. Après avoir exposé les déplorables effets des lettres de cachet, l'orateur continue en ces termes : « Il en « résulte, sire, qu'aucun citoyen, dans votre royau- « me, n'est assuré de ne pas voir sa liberté sacrifiée

« à une vengeance ; car personne n'est assez grand « pour être à l'abri de la haine d'un ministre, ni « assez petit pour n'être pas digne de celle d'un « commis de ferme. »

Uniquement occupé de ses plaisirs, le roi Louis XV, que, par une dérision amère, on continua d'appeler le « Bien-Aimé », écoutait d'une oreille distraite ces éloquentes paroles qu'il n'entendait pas ; et c'est à son vertueux petit-fils qu'était réservé l'honneur d'y donner satisfaction. A peine assis sur le trône, Louis XVI, touché par la voix de l'humanité et de la raison, abolit la question préparatoire et la question préalable [1] ; mais il était trop tard, et l'autorité royale dut bientôt céder à son tour devant la puissance du peuple si longtemps contenue. Les écrits des philosophes produisirent enfin leur effet ; et, parmi les principes proclamés par l'Assemblée constituante, on aperçoit au premier rang la liberté individuelle [2].

La loi des 8-9 octobre 1789 donna d'abord de sérieuses garanties à l'accusé : elle proclamait la publicité de la procédure, qui depuis si longtemps était secrète, et permit au prévenu de se faire assister d'un conseil. L'article 9 dispose : « Les décrets de prise de corps ne pourront plus être rendus contre des domiciliés que s'il s'agit d'un crime pouvant entraîner peine corporelle. » Et plus loin : « Les décrets d'ajournement personnel et de prise de corps ne pourront plus être prononcés que par trois juges au

1. Ordonnance du 24 Août 1780.
2. Déclaration des droits de l'homme, art. 7, 8, 9.

moins, ou par un juge et deux gradués. » La détention préventive pouvait cependant encore être ordonnée par les magistrats en cas de flagrant délit ou de rébellion à la justice.

L'ordonnance de 1670, sauf les modifications apportées, était encore en vigueur ; mais elle ne subsista pas longtemps. Elle fut, en effet, abrogée par la loi des 16-29 septembre 1791, qui organisa un système nouveau d'instruction criminelle, et créa le mandat d'amener et le mandat d'arrêt. Le juge de paix[1] était chargé de commencer l'information. Au moyen d'un mandat d'amener, il citait l'accusé à comparaître devant lui : s'il jugeait les preuves insuffisantes, il le laissait en liberté ; dans le cas contraire, il pouvait le faire détenir en décernant contre lui un mandat d'arrêt. Le juge de paix agissait d'office en cas de flagrant délit, ou sur la dénonciation de la partie lésée. Il ne le pouvait, toutefois, que dans les limites du droit qui lui était conféré par la loi. L'article 18 tit. IV s'exprime en ces termes : « Si le délit est de nature à mériter une peine infamante, l'officier de police délivrera un mandat d'arrêt contre le prévenu, à moins qu'il ne fournisse une caution suffisante de se présenter lorsqu'il en sera besoin; auquel cas il sera laissé à la garde de ses amis qui l'auront cautionné. » Et l'art. 19 : « Si le délit n'est pas de nature à mériter une peine afflictive ou infamante, il ne pourra être décerné de mandat d'arrêt contre le prévenu. » Le pouvoir arbitraire autrefois abandonné

1. Titre I, art. 1.

au magistrat instructeur, était singulièrement restreint. Le juge de paix ne pouvait outrepasser les attributions déterminées par les textes. La liberté des citoyens était en principe entourée des attentions les plus minutieuses : la loi ne l'entravait que lorsque c'était nécessaire.

Cette législation, qui, nous venons de le voir, présentait de sérieuses garanties, fut modifiée par le Code du 3 brumaire an IV, œuvre de Merlin. Le juge de paix était toujours chargé de l'instruction préparatoire, et ses décisions s'imposaient au directeur du jury d'accusation [1]. Les mandats étaient organisés par les articles 56 à 80. A côté des deux précédents, le Code des délits et des peines créait le mandat de comparution, dont l'application fut d'abord assez restreinte. La liberté provisoire était admise ; elle pouvait subsister malgré la mise en accusation [2], moyennant un cautionnement dont le chiffre était déterminé. Il fallait toutefois que le délit qui avait motivé le mandat d'arrêt n'emportât pas une peine afflictive.

La constitution du 22 frimaire an VII apporta à cette législation une modification que compléta la loi du 7 pluviôse an IX, qui organisa sur de nouvelles bases l'instruction criminelle. « L'idée qui domine dans le projet, dit le tribun Thiesse, rapporteur, c'est l'idée d'une partie publique poursuivante et d'un juge d'instruction, avec une distribu-

1. Créé par la loi de 1791.
2. Article 257.

tion nette des fonctions [1]. » La poursuite des infractions appartenait aux substituts du commissaire du gouvernement. Les juges de paix et officiers de gendarmerie placés sous leurs ordres n'étaient que les auxiliaires du ministère public. Enfin, la loi créait un nouveau mandat dont l'effet ne devait être que provisoire, le mandat de dépôt. Il avait pour résultat de faire incarcérer le prévenu dans la maison d'arrêt. On l'employait dans les affaires urgentes, lorsqu'il était difficile de recourir aux formalités multiples du mandat d'arrêt.

Toutes les précautions prises en faveur de la liberté individuelle par les lois de la période intermédiaire, excellentes en théorie, furent illusoires en pratique. Jamais, en effet, la vie et la liberté des citoyens ne furent plus à la merci du gouvernement que pendant cette période de désordre, de confusion et d'anarchie. Tout le monde connaît la procédure sommaire et expéditive du tribunal révolutionnaire, qui dans tout accusé voyait un suspect, et dans tout suspect reconnaissait bientôt un coupable. Pendant un moment, la loi fut foulée aux pieds par ceux-là mêmes qui auraient dû la faire exécuter, et qui devinrent tout-puissants grâce à leur audace. Tous tremblèrent devant eux, personne n'osa élever la voix : ce fut la terreur ! Une telle situation cependant ne pouvait durer longtemps : l'orage, après avoir exercé ses ravages, cessa de gronder, le calme se fit peu à peu ; et, après une période

1. Séance du Tribunat du 27 ventôse an IX, archives parlementaires de 1800 à 1860, II, 1re partie, page 94.

de transition qu'on appela le Directoire, tout rentra dans l'ordre. La loi fut de nouveau respectée, et on résolut d'arrêter définitivement la base et les formalités de la procédure criminelle, qui ne paraissaient pas encore bien nettement déterminées.

Ce fut l'œuvre du Code de 1808, qui s'inspira à la fois des anciennes règles établies par les ordonnances royales, et des lois plus récentes de la période intermédiaire. Le jury pour les affaires criminelles, la publicité des audiences, les preuves orales, les appels, la délimitation des attributions du juge, le secret de la première information: tels sont les principes admis par la loi nouvelle. Le droit de décerner les mandats n'appartient plus au juge de paix, mais à un magistrat pris parmi les juges du tribunal de première instance, et qui a un pouvoir arbitraire trop étendu pour le choix du mandat à décréter. Nous examinerons plus loin en détail quelles sont les règles établies en cette matière.

Le Code d'instruction criminelle, qui nous régit encore aujourd'hui, a été plusieurs fois modifié sur certaines parties par des lois postérieures, dont les plus importantes en notre matière sont celles du 4 avril 1855 et du 14 juillet 1865. La première a pour but de combler une lacune laissée par le Code. Jusqu'en 1855, le juge qui pouvait ordonner l'arrestation du prévenu ne pouvait, lorsqu'il reconnaissait l'inutilité de cette mesure, la faire cesser. Il avait le droit de faire détenir l'inculpé, mais non celui de le remettre en liberté. La loi de 1855 a fait disparaître cette anomalie.

La loi du 14 juillet 1865 contient des réformes plus importantes que nous étudierons plus longuement. Elle modifie les règles admises par le Code en ce qui concerne la détention préventive, et édicte des formalités nouvelles pour la mise en liberté provisoire.

Telles sont les différentes évolutions par lesquelles est passée la détention préalable avant de parvenir jusqu'à nous. Examinons maintenant quel en est le caractère.

CHAPITRE II

BASE ET CARACTÈRE DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

La détention préventive, avons-nous dit, est l'incarcération provisoire que subit, avant jugement, l'auteur présumé d'une infraction. C'est donc une atteinte directe et profonde au principe de la liberté individuelle proclamé par la Déclaration des droits de l'homme, et reproduit par les différentes constitutions qui, depuis un siècle, se sont succédé en France. Il est, en effet, reconnu par notre Code d'instruction criminelle que l'accusé est présumé innocent, jusqu'à ce qu'il soit déclaré coupable par jugement. Etant donnée cette prémisse, comment se fait-il que, dans certains cas, le législateur ait cru devoir autoriser la détention préalable et confier au magistrat le droit de l'ordonner? En d'autres termes, sur quoi repose le droit de décréter l'arrestation provisoire et quelle en est la base? La prison préventive n'est, en définitive, qu'un corollaire du droit de punir; et, pour nous qui, sans vouloir examiner les différents systèmes que cette question a fait naître, nous en tenons à la théorie qui nous a été enseignée [1], le véritable fondement de la détention préalable et du droit de punir est « puisé dans sa nécessité même ». Au premier abord, l'arrestation provisoire nous apparaît

1. M. Villey, *Précis de droit criminel*, p. 13.

comme une grande injustice. Pourquoi priver de sa liberté un individu de la culpabilité duquel on n'est pas certain? Pourquoi retrancher de la société un de ses membres qui peut être parfaitement innocent du crime qu'on lui impute, et qu'il faudra ensuite élargir? A vrai dire, si l'on se place au seul point de vue de l'intérêt personnel, l'objection ne comporte pas de réponse, et l'on est forcé de reconnaître que la détention préventive est une iniquité. Mais, si l'on envisage de plus haut cette institution et surtout si l'on se place au point de vue de l'intérêt général, qui doit toujours l'emporter sur l'intérêt particulier, il faut bien admettre que, si l'arrestation provisoire est une injustice, c'est du moins une injustice nécessaire. La société a le droit de se protéger et de se conserver parce qu'elle existe, parce qu'elle est un « fait providentiel[1] ». S'il en est ainsi, tout ce qui est indispensable à sa sauvegarde est légitime. Le question revient donc à savoir si la détention préventive est nécessaire, et, si nous démontrons l'affirmative, nous aurons par là même prouvé le bien fondé de cette institution.

Un criminaliste dont le nom fait autorité, M. Faustin-Hélie, a étudié la détention préalable à trois points de vue différents ; et pour lui, c'est à la fois une mesure de sûreté, un moyen d'instruction et une garantie de l'exécution de la peine[2].

C'est d'abord une mesure de sûreté : la société, troublée par l'infraction, a le droit de prendre ses

1. M. Villey, *Droit criminel.*
2. Faustin-Hélie, IV, p. 606.

précautions pour en prévenir une seconde ; il est logique de craindre que l'homme qui s'est rendu coupable d'un crime n'en commette un autre. De son côté, l'auteur d'une infraction, s'il n'est pas arrêté, se laissera d'autant plus facilement entraîner à ses mauvais penchants, d'autant mieux guider par ses instincts pervers que, ne se voyant pas poursuivi, il se croira plus sûr de l'impunité. La détention préalable a donc pour objet de protéger la société contre les excès, les violences exercées par les malfaiteurs. D'après Faustin-Hélie, son rôle ne se borne pas là, et, dans bien des cas, on a reconnu que l'arrestation du prévenu est le seul moyen de le soustraire à la fureur de la foule, toujours prête à venger sur le premier venu le mal causé à la victime.

La détention préventive est encore d'une utilité incontestable pour arriver à la découverte de la vérité ; nous arrivons au deuxième point de vue sous lequel l'auteur examine notre institution : c'est un moyen d'instruction. Un crime a été commis, des indices très graves et de fortes présomptions en désignent l'auteur ; le juge l'interroge, et, ne trouvant pas suffisantes les explications qu'il fournit, il le fait arrêter. Au cours de la procédure, le magistrat sera souvent obligé d'interroger le prévenu ; il devra faire consigner par le greffier ses réponses, ses déclarations, ses aveux; au besoin même, il pourra le confronter avec les témoins à charge. L'instruction, dans ces conditions, sera plus prompte, plus facile et plus complète que si le prévenu, laissé en liberté, continuait d'habiter son domicile, qui peut se trouver fort loin du cabinet du

juge. La détention préventive présentera au magistrat instructeur de grands avantages qui lui faciliteront la découverte de la vérité. L'inculpé laissé en liberté n'aura point d'autre but, s'il est coupable, que de diminuer les soupçons qui pèsent sur lui, d'atténuer les indices qui l'accusent, de faire disparaître, en un mot, les preuves qui l'accablent. S'il a des complices, il pourra combiner avec eux un système de défense qui le mettra à l'abri d'une condamnation. Il pourra user de ses richesses, de son prestige, pour influencer les témoins, et les engager à dire le contraire de ce qu'ils ont réellement vu ou entendu. En un mot, il fera tous ses efforts pour induire en erreur le magistrat, dont la mission, toujours délicate, deviendra d'une difficulté extrême.

Enfin, la détention préalable est une garantie de l'exécution de la peine. L'inculpé détenu, lorsqu'il sera condamné s'il est reconnu coupable, ne pourra fuir : il sera forcé de subir la peine qu'il a méritée. C'est ainsi qu'il réparera, autant que possible, le trouble qu'il a occasionné, le préjudice qu'il a causé à la société par la perpétration de son crime. A ce propos, Faustin-Hélie établit une distinction qui nous paraît très rationnelle. La détention préventive s'appliquerait de préférence à l'auteur présumé d'une infraction, lorsque ses antécédents le font ranger parmi les vagabonds, les gens sans aveu. Le magistrat devrait, au contraire, agir avec la plus grande réserve quand l'inculpé a un domicile certain. Dans le premier cas, en effet, le prévenu n'offre aucune garantie, c'est un homme sans feu ni lieu : si on le laisse en

iberté, il n'aura d'autre préoccupation que de se soustraire, par une retraite rapide, au châtiment qui le menace. Que lui importe de vivre dans un endroit ou dans un autre, puisque, par hypothèse, nous supposons qu'il n'a pas de domicile ? Il n'en est pas de même dans le second cas, et il est fort probable que l'inculpé établi dans une ville ne quittera pas si facilement sa maison, sa famille, son commerce, ses affaires, pour se soumettre aux chances, toujours problématiques, d'une fuite précipitée.

Telles sont les idées qui se dégagent de la doctrine de Faustin-Hélie. Malgré le prestige qui s'attache au nom de son auteur, nous ne saurions l'admettre complètement. La détention préventive, nous l'avons déjà dit, est une injustice nécessaire : on ne doit donc l'employer que dans les cas où la sécurité publique la rend indispensable. La facilité de l'instruction présente-t-elle ce caractère ? Nous ne le pensons pas. Certes, le magistrat a pour devoir et pour mission de réprimer les infractions ; mais son zèle à remplir ses fonctions ne doit point préjudicier à l'inculpé, qui éprouve toujours plus de difficulté à prouver son innocence que le juge à établir l'accusation. Tous les deux doivent combattre à armes égales ; et il n'en saurait être ainsi, lorsque dans le but unique d'aplanir les difficultés de l'instruction, on met le prévenu sous les verrous.

Sur les deux autres points, nous nous rangeons à l'opinion de Faustin-Hélie, et avec lui, nous reconnaissons que, si le trouble résultant de l'infraction rend le péril imminent, la société, pour se préserver, a le

droit d'arrêter le prévenu ; nous admettons encore qu'il doit en être ainsi, lorsque l'inculpé ne songe qu'à prendre la fuite, et met tout en œuvre pour se dérober au châtiment qu'il a encouru. Dans ces différentes hypothèses, la détention préventive est légitime : elle est légitime, parce que la société a le droit de se préserver d'un danger que les circonstances font paraître imminent ; elle est légitime, parce qu'il serait immoral que les condamnations prononcées par les tribunaux s'adressassent à des coupables qu'elles ne pourraient atteindre. Mais, si l'arrestation préalable est nécessaire au maintien de l'ordre public et à la sécurité de tous, est-ce à dire qu'on doive l'ordonner d'une façon arbitraire ? Non, assurément, et la loi doit toujours tendre à entourer des garanties les plus sérieuses et des précautions les plus minutieuses le droit de la décréter. Le législateur français a-t-il rempli ce désidératum ? Dès maintenant, nous pouvons avancer et nous aurons plus d'une fois, au cours de cette étude, l'occasion de reconnaître que, sur ce point, notre législation contient bien des lacunes. Quoi qu'il en soit, observons dès maintenant que le magistrat ne doit jamais oublier que la détention préventive est un échec profond à la liberté individuelle. Il ne doit l'appliquer que dans des circonstances graves et non sur des motifs futiles. Il a bien, il est vrai, s'il a fait fausse route, la faculté de la faire cesser en accordant la liberté provisoire ; mais ce palliatif, toujours trop lent à venir pour le prévenu innocent, est, la plupart du temps, insuffisant et impuissant à réparer le préjudice causé.

On pourrait peut-être contester l'utilité de la détention préventive en présence de l'extradition, qui « reprend aujourd'hui, dans le monde entier, les coupables échappés aux tribunaux de leur pays »[1]. La réponse est que l'extradition entraîne toujours des lenteurs nuisibles à la prompte expédition des affaires, qui est une des conditions de la justice répressive. Il ne faut pas, en effet, que l'instruction dure trop longtemps ; car les témoins et les preuves peuvent disparaître. De plus, l'extradition occasionne toujours des frais qui, parfois, arrivent à un chiffre assez considérable. Enfin, le coupable qui est parvenu à gagner un autre pays muni de faux papiers, aura plus de chances d'échapper à la poursuite dont il est l'objet que dans sa patrie.

1. Faustin-Hélie, IV, p. 608.

CHAPITRE III

FONCTIONNAIRES QUI PEUVENT ORDONNER LA DÉTENTION PRÉVENTIVE. — AGENTS CHARGÉS DE PROCÉDER A L'ARRESTATION DES CITOYENS. — DANS QUELS CAS.

Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, la détention provisoire est une exception au droit commun. Est-ce une peine? En principe, non: pourquoi punir un individu arrêté sur de simples soupçons? Et, d'ailleurs, le châtiment ne saurait préexister à la décision judiciaire reconnaissant la culpabilité du prévenu. Si ce n'est pas une peine, toutefois, nous ne pouvons nier que l'emprisonnement préalable est une mesure extrêmement rigoureuse, et qui porte souvent un grave préjudice à l'inculpé. Il l'atteint, en effet, dans le bien qui est le plus cher à l'homme, la liberté; il l'atteint dans sa fortune en le retranchant provisoirement de la société, en l'empêchant de faire face à ses engagements quelquefois, de veiller à ses intérêts toujours; il l'atteint enfin dans sa réputation et dans son honneur. Qu'importe, dira-t-on, si plus tard le prévenu est condamné, le mal ne sera pas considérable?— Il sera plus grand qu'on ne le pense; car, dans tous les cas, il aura précédé le moment où la peine devait commencer. Et si, au lieu d'être déclaré coupable, l'accusé est reconnu innocent! pourrez-vous faire qu'il n'ait pas subi la honte de la prison! Pourrez-vous faire qu'il n'ait pas été déshonoré

par le soupçon qui a pesé sur lui et qui l'a désigné comme le coupable ! Certes, il sera lavé de l'accusation ; mais, malgré tout, il n'osera pas marcher le front haut au sortir de la Cour d'assises, et son nom, dans la plupart des cas, restera flétri par l'opinion publique.

Si, d'un côté, on admet que l'intérêt particulier doit céder devant l'intérêt social, il faut, d'autre part, reconnaître qu'il n'en doit être ainsi que lorsqu'on ne peut faire qu'il en soit autrement. En d'autres termes, au point de vue qui nous occupe, la détention préventive ne sera légitime qu'autant qu'elle sera impérieusement exigée par la sécurité de tous. Certes, le législateur eût sagement agi en indiquant limitativement les différents cas dans lesquels il reconnaît nécessaire l'emploi de cette mesure. Il ne l'a pas fait, préférant, en cette matière, s'en rapporter aux lumières des magistrats chargés de la poursuite et de la répression des infractions ; et, à cet effet, il leur a laissé un pouvoir discrétionnaire beaucoup trop étendu.

La répression des infractions appartient à la justice qui prononce, *cognitâ causâ*, en s'appuyant sur les renseignements, les indices, les circonstances et les conditions du délit que lui fournit la police. Le fait d'arrêter les citoyens, dans les cas et suivant les formalités prescrites par la loi, rentre dans les attributions des officiers de police judiciaire, et non dans celles des fonctionnaires qui représentent la justice. Cette division s'impose : ces derniers sont préposés à la recherche des délits, c'est à eux

d'indiquer tous les faits constitutifs de l'infraction, toutes les circonstances dans lesquelles elle s'est produite, et qui seront la base de la procédure criminelle. En vertu du pouvoir arbitraire qui lui est confié, le magistrat appréciera, suivant les cas, les précautions à prendre à l'égard de l'inculpé; mieux que personne il saura se prononcer à cet effet.

Le fonctionnaire qui en cette matière jouit de l'autorité la plus large, est le juge d'instruction[1].

Ses attributions sont déterminées par les art. 59, 60, 63, 71, 87, 88, 91, 94... du Code d'instruction criminelle. L'article 55 nous apprend que le magistrat chargé de l'instruction est un juge pris parmi les membres du tribunal de première instance, et nommé pour trois ans par décret du Président de la République. Son autorité est très étendue pour tout ce qui concerne l'information écrite. Il est chargé d'édifier et de diriger l'instruction ; et, pour cela, sur la plainte du particulier lésé, il peut se transporter sur les lieux, opérer des perquisitions, des saisies, entendre les témoins, interroger le prévenu. Pour citer l'inculpé devant lui, le magistrat l'avertit par un mandat de comparution ou un mandat d'amener, suivant les cas. Si le prévenu ne parvient pas à se disculper, ou si tout au moins il ne fournit pas des explications suffisantes, le juge a le droit de l'arrêter et de le garder à sa disposition, en décernant contre lui un mandat de dépôt ou un mandat d'arrêt.

1. Loi du 20 avril 1810, art. 42.

Le magistrat peut décerner tous les mandats reconnus par la loi française, à condition, bien entendu, qu'il remplisse les conditions exigées par le Code : son pouvoir est à peu près sans bornes. Il peut ordonner toutes les mesures qu'il croit nécessaires à l'instruction et à la poursuite des délits, procéder à tous les actes qu'il reconnaît capables de l'aider à découvrir la vérité. Il dirige l'information comme il veut et sous sa responsabilité. « Le juge d'instruction, véritable inquisiteur dans chaque procès criminel, fouille, recherche, compulse, rassemble et vérifie tous les éléments du procès ; la loi se confie à son zèle et à sa sagacité pour l'éclairer dans toutes ses faces, et pour accomplir cette tâche, souvent difficile, elle lui a remis un pouvoir presque illimité. [1] »

En principe, l'inculpé ne peut être arrêté qu'au cas où le délit entraîne la peine de l'emprisonnement. Des lois spéciales cependant, dans des hypothèses déterminées, ont accordé, dans l'intérêt de l'État, au juge d'instruction le droit de détenir préventivement, même lorsque la peine encourue n'est qu'une simple amende [2].

Le pouvoir arbitraire confié au magistrat n'est-il pas excessif ? On l'a soutenu et, pensons nous, avec raison. Le législateur, en écrivant l'article 131 Ins. cr., s'est-il bien souvenu que la détention préalable est une exception au droit commun ? Il est difficile de

1. Faustin-Hélie, IV, 1553.

2. Ainsi en est-il dans les cas de fraude en matière de tabacs, (Loi du 25 juin 1842, art. 25).

l'admettre. Certes, le juge d'instruction peut recourir à tous les moyens qu'il croit capables de jeter quelque lumière sur l'information ; mais, si l'on s'en tient au système du Code, il faut reconnaître qu'il a le droit d'arrêter dans des cas très fréquents, et qui sont, en définitive, peu graves. Il n'est pas rare, en effet, de voir punir d'un emprisonnement de quelques jours une infraction légère.

Le législateur belge a parfaitement compris qu'il existe chez nous, en cette matière, une lacune regrettable : il l'a fait disparaître. D'après la loi belge du 25 février 1874, dont nous étudierons plus loin les dispositions, le juge ne peut détenir préalablement un prévenu, qu'autant que le fait incriminé est passible d'une peine dépassant trois mois d'emprisonnement. Sage décision, qu'il est très désirable de voir s'introduire dans notre législation. Elle accorde, en effet, des pouvoirs trop considérables au magistrat instructeur, à la discrétion duquel elle abandonne la liberté des citoyens.

Le rôle du juge d'instruction est quelquefois exercé par un membre de la Cour. Ceci peut se produire en vertu d'une délégation de la chambre des mises en accusation, ou d'un texte de loi. Le magistrat chargé de l'information, dans ce cas, a le droit d'ordonner la détention préventive. L'article 235 du Code d'instruction criminelle dispose à cet effet : « Dans toutes les affaires, les cours d'appel, tant qu'elles n'auront pas décidé s'il y a lieu de prononcer la mise en accusation, pourront d'office, soit qu'il y ait ou non une instruction commencée par les pre-

miers juges, ordonner des poursuites, se faire apporter les pièces, informer ou faire informer, et statuer ensuite sur ce qu'il appartiendra ».

Le juge d'instruction n'est pas le seul magistrat qui ait le droit de procéder à l'arrestation des prévenus : le ministère public le peut également. Son rôle et sa mission consistent principalement dans la recherche des infractions, dans la poursuite des délits. L'article 22 du Code d'instruction criminelle énumère les attributions du ministère public et en indique la limite. Le résultat de ses démarches doit être transmis aux tribunaux de police correctionnelle ou aux cours d'assises chargés de statuer. Le procureur de la République reçoit les plaintes et dénonciations ; il agit par voie de réquisition, et signale l'existence des crimes et des délits qu'il a découverts à la justice, qui seule à le droit de punir. Mais, par cela même qu'il a pour mission de poursuivre les infractions, il peut se faire que, dans certains cas, il prenne connaissance immédiatement des conditions et circonstances dans lesquelles elles ont été accomplies ; il peut arriver, en un mot, que le ministère public, tout en restant dans ces attributions, découvre le coupable sans plus ample informé. Le législateur a compris que, dans ces hypothèses, le rôle du procureur était trop restreint et qu'il devait être étendu; c'est pourquoi il lui a confié le droit de détenir préalablement l'inculpé que des indices graves et de fortes présomptions désignent comme le vrai coupable.

Le ministère public peut constituer en état de déten-

tion préventive dans deux cas[1]. Ces deux cas nous sont indiqués par les articles 40 et 46 du Code d'instruction criminelle. Il peut arrêter l'individu pris en flagrant délit ou poursuivi par la clameur publique. De même en sera-t-il, lorsqu'il sera requis par le maître d'une maison dans l'intérieur de laquelle une infraction aura été commise.

Le procureur de la République serait souvent dans l'impossibilité de remplir seul ses fonctions ; c'est pourquoi la loi a placé, à côté et sous sa direction, un ou plusieurs substituts, qui ont pour mission de le remplacer quand il ne peut agir. Ces fonctionnaires, quoique placés sous la surveillance du procureur de la République, sont de véritables agents du pouvoir exécutif. Ils agissent en vertu d'une délégation directe. La question, autrefois controversée, a été définitivement tranchée dans ce sens par la Cour de cassation. Les substituts peuvent donc constituer en état de détention préventive, dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions que le procureur de la République, mais à son défaut.

De plus, en vertu de l'article 52, ce magistrat exerçant son ministère dans le cas des articles 32 et 46, peut, s'il le croit nécessaire ou utile, charger un officier de police auxiliaire de partie des actes de sa compétence.

1. Avant la loi du 23 mai 1863, le ministère public ne pouvait décerner qu'un mandat d'amener, et encore fallait-il qu'il y eût des indices graves, flagrant délit, et infraction passible d'une peine afflictive et infamante. Aujourd'hui, le procureur de la République peut décerner un mandat de dépôt, même lorsque le fait n'est punissable que de peines correctionnelles.

Les officiers auxiliaires du ministère public sont les juges de paix, les officiers de gendarmerie, les maires et adjoints, et les commissaires de police (art. 48-50 Inst. cr.). « Dans le cas de flagrant délit ou dans le cas de réquisition de la part d'un chef de maison, ils dresseront les procès-verbaux, recevront les déclarations des témoins, feront les visites et les autres actes qui sont, auxdits cas, de la compétence des procureurs, le tout dans les formes et suivant les règles établies pour ces derniers (art. 49). » L'article 51 n'est pas moins explicite pour les maires et adjoints, et les commissaires de police. Au cas de flagrant délit, ou lorsqu'ils sont requis par un chef de maison, ces différents fonctionnaires peuvent arrêter et faire détenir le prévenu.

Le droit d'arrestation appartient encore aux préfets des départements et au préfet de police, à Paris, en vertu de l'article 10 du Code d'instruction criminelle. Les premiers en usent rarement. Sous le premier empire, le chef de l'État pouvait, en vertu de son autorité, ordonner l'arrestation d'un individu sur de simples soupçons. Il était logique d'accorder le même droit aux préfets, organes du pouvoir exécutif dans les départements. Ce droit, dans la suite, fut retranché au représentant de la nation, et, par une anomalie singulière, on a laissé subsister celui des préfets. Ces derniers peuvent-ils décerner un mandat de dépôt? Nous ne le pensons pas; car, aux termes de l'article 46 de la constitution de l'an VIII, pour exercer le droit que leur confère l'article 10 Inst. cr., « livrer les prévenus aux tribunaux », le mandat

d'amener suffit. Ainsi que nous le verrons plus loin, le mandat de dépôt et le mandat d'arrêt constituent en état de détention préalable, et ont une portée beaucoup plus grande.

D'après l'article 179 de l'ordonnance du 29 octobre 1820, dont les dispositions sont reproduites par le décret du 1er mars 1854, les sous-officiers de gendarmerie ont le droit de saisir « toutes personnes surprises en flagrant délit ou poursuivies par la clameur publique ; de saisir tous gens trouvés avec des armes ensanglantées ou autres indices faisant présumer le crime. » Mais l'article 186 de l'ordonnance et l'article 294 du décret nous édifient sur la portée des pouvoirs accordés à ces agents. Lorsque les sous-officiers et gendarmes arrêtent des individus en vertu des dispositions ci-dessus, ils sont tenus de les conduire aussitôt devant l'officier de police judiciaire le plus à proximité, et de lui faire le dépôt des armes, effets, papiers et autres pièces à conviction. En effet, l'article 615 du décret de 1854 dispose à cet effet : « Hors le cas de flagrant délit déterminé par les lois, la gendarmerie ne peut arrêter aucun individu, si ce n'est en vertu d'un ordre ou d'un mandat décerné par l'autorité compétente. » C'est donc par un abus que, dans la pratique, les gendarmes, surtout à la campagne, gardent prisonniers pendant un jour entier, quelquefois deux, des prévenus qu'ils vont ensuite conduire devant le juge d'instruction. C'est également par un abus que des fonctionnaires subalternes, tels que sergents de ville, gardiens de la paix ou agents de police, s'arrogent le droit de dé-

tenir, qu'aucun texte ne leur accorde. Pour le maintien du bon ordre et la tranquillité publique, ils peuvent arrêter en cas de flagrant délit ; mais ils doivent de suite traduire l'inculpé devant l'autorité compétente. Le même droit, soumis aux mêmes conditions d'exercice, appartient aux gardes champêtres et forestiers, aux employés de la régie, préposés des douanes et gardes particuliers dûment assermentés.

Tels sont les magistrats qui peuvent décréter l'emprisonnement préalable ; tels sont les auxiliaires de la police judiciaire qui sont chargés de l'exécuter.

Dans quelques cas déterminés, certains fonctionnaires ont encore la faculté d'ordonner la détention préventive ; il en est ainsi, par exemple, du président des assises. Lorsqu'un témoin est convaincu de faux témoignage, il a le droit de le faire arrêter séance tenante. L'article 330 du Code d'instruction criminelle, qui détermine les pouvoirs du président en cette matière, nous indique en même temps la procédure à suivre. L'article 361 lui donne le même droit, lorsque le prévenu, reconnu innocent du crime qu'on lui impute, a été, au cours des débats, accusé d'avoir commis une autre infraction. En outre, les articles 504, 507, 509 visent certaines hypothèses particulières dans lesquelles on peut encore procéder à l'arrestation.

Aux termes de l'article 193 du Code d'instruction criminelle, le tribunal de police correctionnelle se déclarant incompétent, parce que le fait à lui soumis est justiciable de la Cour d'assises, peut renvoyer de-

vant le juge d'instruction le prévenu, et décerner de suite contre lui un mandat de dépôt ou un mandat d'arrêt.

Mentionnons, en dernier lieu, le droit conféré par l'article 106 à tout dépositaire de la force publique, et même à tout citoyen, de « saisir le prévenu surpris en flagrant délit ou poursuivi par la clameur publique, et de le conduire devant le procureur, sans qu'il soit besoin de mandat d'amener, si le crime ou délit emporte peine afflictive ou infamante. » La disposition que nous venons de signaler a soulevé d'énergiques protestations parmi les membres de la presse et les publicistes, il y a quelques années. Si l'on observait strictement l'article 106, et si l'on n'étendait pas outre mesure son champ d'application, nous ne serions pas porté à admettre ces critiques, qui nous paraîtraient plus violentes que justes. Mais nous devons à la vérité de reconnaître que, dans la pratique, la jurisprudence est allée beaucoup trop loin, en appliquant l'article 106 aux flagrants délits correctionnels[1]. Elle n'a pu le faire qu'en invoquant des dispositions législatives antérieures au Code d'instruction criminelle, et depuis longtemps tombées en désuétude. Mieux eût valu les laisser dans l'oubli que d'étendre le droit, abandonné aux simples citoyens dans des cas tout à fait exceptionnels, à des hypothèses dont le peu de gravité ne justifie pas l'emploi de cette mesure.

1. Arrêt de la Cour de Paris, 17 mars 1827.

CHAPITRE IV

DIFFÉRENTS MODES DE CONSTITUER EN ÉTAT DE DÉTENTION PRÉVENTIVE. — DES MANDATS.

Nous venons de voir quels sont les fonctionnaires chargés par la loi d'ordonner la détention préventive. Nous devons maintenant examiner quelles formalités il faut suivre pour faire détenir un prévenu dans la maison d'arrêt. Ces formalités, qui portaient autrefois le nom de décrets, sont aujourd'hui appelées « mandats ». Notre législation criminelle reconnaît quatre espèces de mandats : le mandat de comparution, le mandat d'amener, le mandat de dépôt et le mandat d'arrêt. Les deux derniers seuls ont un rapport direct avec l'institution que nous étudions ; mais, comme dans la plupart des cas le magistrat ne peut les décerner sans avoir préalablement interrogé le prévenu, nous devons d'abord traiter du mandat de comparution et du mandat d'amener. Tous les deux ont pour but de faire comparaître le prévenu devant le juge d'instruction. Leur rôle est facile à saisir : il aboutit à l'interrogatoire de l'inculpé. Avant d'être incarcéré, il est tout simple que l'on sache au moins de quel crime on est accusé, et pourquoi on sera privé de liberté [1]. Le prévenu comparais-

1. Cette observation a bien sa portée : sous l'ancien régime, on a vu incarcérer des gens qui n'avaient absolument rien à se reprocher, et ignoraient la cause de leur arrestation.

sant devant le magistrat devra donc répondre aux questions qui lui seront posées. S'il ne parvient pas à se disculper, s'il n'arrive pas à faire tomber les charges qui pèsent sur lui, il sera écroué à la maison d'arrêt.

Le mandat de comparution n'est qu'une simple assignation, qu'une injonction adressée au prévenu d'avoir à se présenter devant le juge d'instruction au jour et à l'heure indiqués. Il correspond à notre ancien décret d'« assigné pour être ouï » et ne comporte aucune formalité. L'inculpé touché par le mandat doit comparaître seul et sans témoin devant le magistrat ; celui-ci est obligé de l'interroger sans retard. Si le prévenu ne tient pas compte de l'avis qui lui a été transmis, ou refuse d'obtempérer à l'injonction du juge, celui-ci aura recours au mandat d'amener.

Ce dernier est un ordre plus sévère par lequel le magistrat enjoint à un huissier ou à un agent de la force publique d'aller quérir et d'amener devant lui l'individu désigné ; celui-ci doit alors suivre immédiatement le porteur du mandat, qui, au cas de refus de la part du prévenu, peut le contraindre à l'accompagner, en se faisant aider par la force publique. Le mandat d'amener constitue donc une atteinte directe à la liberté individuelle ; mais il n'a pas pour résultat immédiat d'entraîner la détention préventive. Le juge est tenu d'interroger l'inculpé dans les vingt-quatre heures au plus tard (art. 93).

Dans quels cas le juge doit-il faire usage du

mandat de comparution, dans quels cas peut-il lancer un mandat d'amener? Pour répondre à cette question, il nous faut examiner comment les choses se passaient sous l'empire du Code, et l'influence de la loi du 14 juillet 1865 en cette matière.

Avant 1865, on distinguait :

Si le fait imputé n'était qu'un délit, le juge d'instruction était libre d'opter: il avait le choix entre le mandat de comparution et le mandat d'amener, lorsque le prévenu avait un domicile certain. Si l'inculpé était un vagabond, quand l'infraction qu'on lui reprochait était passible d'une peine correctionnelle, ou lorsqu'il s'agissait d'un crime justiciable de la cour d'assises, le juge d'instruction devait employer le mandat d'amener. Pourquoi cette distinction? Le législateur semblait se défier de l'impartialité du magistrat; il craignait, sans doute, que la voix de l'humanité ne parlât plus haut dans sa conscience que celle du devoir; il redoutait, en un mot, que, touché par la situation du prévenu, le juge ne fût quelquefois porté à ne pas user à son égard de la rigueur nécessaire. Pour parer à cet inconvénient possible, le législateur avait restreint les pouvoirs du magistrat. La règle était impérieuse : aussi, en pratique, on s'ingéniait à trouver mille expédients pour la tourner ; en fait, elle était souvent éludée. C'est pourquoi le législateur de 1865 a cru sage de sanctionner ces irrégularités, qui peu à peu s'étaient substituées à la loi : le nouvel article 91 Instruction criminelle abandonne aux lumières et à l'appréciation du

magistrat le soin de décerner le mandat qui convient le mieux. Avant la loi de 1865, la jurisprudence avait varié à ce propos en matière de crimes. On avait d'abord admis que, lorsqu'il s'agissait d'infraction emportant peine afflictive ou infamante, le juge d'instruction devait lancer un mandat d'amener. Cette doctrine subsista jusqu'en 1834. Un arrêt de la Cour de cassation décida alors que, lorsque le fait incriminé était justiciable de la cour d'assises, le juge d'instruction, même malgré les réquisitions contraires du ministère public, pouvait ne décerner qu'un mandat de comparution contre le prévenu.

Cette théorie libérale dura 13 ans, et en 1847, un arrêt du 24 avril enleva au juge le droit d'option que naguère on lui avait reconnu. En pratique, on appliqua le moins qu'on put cette règle gênante.

La loi nouvelle, cependant, n'a pas absolument donné pleins pouvoirs au juge d'instruction en cette matière.

Ainsi en thèse, si le fait incriminé n'est passible que d'une simple amende, le mandat de comparution reconnu suffisant doit être seul employé. Cette disposition, parfaitement rationnelle, ne comporte que quelques rares exceptions, relatives à certaines contraventions fiscales. La loi du 28 avril 1816, articles 222, 223, 224, autorise dans ces hypothèses l'arrestation de l'inculpé.

Si l'infraction emporte une peine dont le maximum est inférieur à deux ans d'emprisonnement, le mandat de comparution doit encore être employé.

Cette exception ressort du 2e § de l'article 113, interprété *lato sensu*.

On doit donc distinguer la saisie provisoire de la personne du prévenu, résultant de mandat d'amener, et la saisie arrestation que produisent le mandat de dépôt et le mandat d'arrêt. Cette différence remonte à la loi constitutionnelle du 3 septembre 1791[1]; et, bien qu'on ne la retrouve plus exprimée dans les diverses constitutions qui nous ont gouvernés depuis, on peut la considérer comme encore en vigueur. « Il serait impossible, dit M. Serrigny[2], de comprendre l'ensemble de notre législation, si on ne l'avait pas constamment présente à l'esprit. La raison nous indique, en effet, qu'appréhender un individu soupçonné d'un délit pour le conduire devant le magistrat chargé de l'interroger, et ordonner qu'il sera détenu pendant l'instruction pour un temps dont la durée est illimitée sont choses fort différentes. Le premier acte est une mesure de prudence contre la fuite du supposé coupable : il ne s'agit pas encore de faire incarcérer le prévenu. Le second est un acte réfléchi qui met l'inculpé sous les verrous, et le prive de sa liberté d'une manière absolue, bien que préventive. Il ne peut donc appartenir en principe qu'au magistrat, qui offre toutes les garanties que donne l'inamovibilité. C'est faute d'avoir maintenu nettement cette distinction entre la saisie arrestation et l'arrestation détention et pour avoir désigné, tantôt ces deux

1. Titre III, chap. V, art. 10.
2. *Droit public*, I, p. 350.

actes, tantôt le second seulement, sous le nom d'arrestation, que notre législation est devenue obscure, et embarrassée sur cette matière. »

L'interrogatoire terminé, le prévenu, s'il n'a pas fourni des explications suffisantes, s'il n'est pas arrivé, en un mot, à faire tomber les charges qui l'accablaient, sera soumis à la détention préventive. Le juge pourra décerner contre lui un mandat de dépôt ou un mandat d'arrêt, ordonner à un agent de la force publique de conduire le prévenu à la prison, et au directeur de cet établissement de l'y écrouer.

Ainsi que le fait remarquer Faustin-Hélie, le magistrat doit toujours, avant de passer outre, avoir présentes à la mémoire deux règles qui dominent toute cette matière. La première est qu'il ne faut jamais faire interner l'accusé avant qu'il ait été interrogé. « C'est là une des garanties les plus importantes que le Code ait assurées à la défense, et cette garantie est une institution nouvelle[1]. » On sait, en effet, que dans notre ancien droit, d'après l'ordonnance de 1670, le prévenu devait d'abord être privé de liberté, puis interrogé dans les vingt-quatre heures. C'est à tort qu'on a voulu induire de l'article 94 du Code d'instruction criminelle, que le mandat de dépôt pouvait être *de plano* décerné par le juge. Le mandat de dépôt et le mandat d'arrêt ayant le même but doivent présenter les mêmes garanties pour l'inculpé, et être précédés de la même formalité. Cela ressort évidem-

1. Faustin-Hélie, IV, 1963.

ment de l'esprit du texte, dont ne tient pas suffisamment compte l'opinion adverse [1].

La deuxième règle que nous avons annoncée est que le magistrat ne peut ordonner la détention préventive, sans qu'il y ait eu préalablement commencement d'information. En effet, en prenant cette mesure, le juge rend un jugement provisoire, et cette décision doit être motivée par des indices graves et des présomptions suffisantes.

Le mandat de dépôt et le mandat d'arrêt ont beaucoup de points de contact.

Tous les deux ont pour but et pour résultat d'entraîner l'emprisonnement préalable. Le prévenu reste à la maison d'arrêt, tant que le juge d'instruction dirige l'information ; quand la chambre des mises en accusation en est saisie, l'inculpé est envoyé à la maison de justice.

En principe, nous le savons, le magistrat ne peut commencer par délivrer un mandat de dépôt ou un mandat d'arrêt. Il n'est autorisé à le faire qu'après avoir entendu le prévenu, et lorsque celui-ci ne parvient pas à se disculper (article 93 Inst. cr.). Cette règle cependant comporte quelques exceptions qu'il convient de signaler. La première est contenue par l'article 94 du Code d'instruction criminelle. En cas de fuite de l'inculpé, et lorsque le mandat d'amener n'a donné aucun résultat, le juge doit immédiatement décerner un mandat de dépôt ou un mandat d'arrêt. La plupart du temps,

1. Circulaire ministérielle du 10 février 1819.

il est fort à croire que celui qui, prévoyant l'injonction qui lui sera signifiée, s'empresse de prendre la fuite, a de bonnes raisons pour ne pas se présenter devant le magistrat. La loi le considère comme un coupable, et donne au juge la faculté d'employer les moyens nécessaires pour empêcher le départ du prévenu.

L'article 86 Inst. cr. renferme une deuxième exception qui vise une hypothèse particulière. Ce texte est ainsi conçu : « Si le témoin près duquel le juge se sera transporté, dans les cas prévus par les articles 83, 84 et 85, n'était pas dans l'impossibilité de comparaître sur la citation qui lui avait été donnée, le juge décernera un mandat de dépôt contre le témoin et l'officier de santé qui aura délivré le certificat. » Cette disposition prévoit l'hypothèse possible où un témoin empêché par la maladie, n'aurait pu se rendre, pour déposer, devant le juge d'instruction ; et, pour éviter une abstention uniquement basée sur la mauvaise volonté, elle permet l'arrestation de l'individu qui refuse de venir témoigner.

Enfin, le mandat de dépôt et le mandat d'arrêt ne peuvent en principe être décrétés, c'est l'article 94 Inst. cr. qui nous l'indique, que « si le fait emporte la peine de l'emprisonnement ou une autre peine plus grave. »

Après avoir exposé les ressemblances qu'ont entre eux ces deux mandats, il nous faut examiner les différences qui les séparent. Le mandat d'arrêt tient plus compte de la situation du prévenu et des droits

de la défense, à laquelle il accorde des garanties plus sérieuses. Il ne peut être décerné qu'après les conclusions du procureur de la République, sur la mesure qu'il convient de prendre à l'égard du prévenu.

L'article 94 est formel [1]. Les conclusions exigées par la loi doivent-elles être conformes? On a soutenu la négative en s'appuyant sur un texte de l'ordonnance de 1670 [2]. On admettait, en effet, cette solution dans l'ancien droit, et une théorie soutient que l'article 94, par son silence, a entendu se reporter à la disposition de l'ordonnance.

Nous n'admettons pas ce système, qui nous semble contraire à l'idée du législateur : s'il exige des conclusions de la part du ministère public, c'est apparemment qu'il requiert des conclusions conformes. Autrement l'article 94 Inst. crim. n'aurait aucune utilité pratique et demeurerait lettre morte. D'ailleurs, malgré l'avis du procureur de la République, le juge d'instruction qui croit urgent de garder à sa disposition un prévenu, peut, tout en respectant la loi, ordonner la détention préventive ; il n'a qu'à recourir au mandat de dépôt, pour lequel des conclusions ne sont point exigées.

Observons, en outre, qu'aux termes de l'article 96

1. D'après le texte de l'article 94 Inst. crim., des conclusions verbales suffisent ; peut-être cependant est-il préférable qu'elles soient transcrites sur une feuille qui restera au dossier et prouvera que la loi a été respectée.

2. Titre X, art. 1.

du Code d'instruction criminelle, le mandat d'arrêt, en plus des conditions requises pour la validité des autres mandats, doit contenir l'énonciation du fait qui en motive l'emploi, et la citation de la loi déclarant que l'infraction est un crime ou un délit. Cette double garantie était exigée dans l'ancien droit pour le décret d' « adjournement personnel ». L'article 77 de la constitution du 22 frimaire an VIII la confirmait en ce qui concerne le mandat d'amener [1]. Le texte de l'article 96 nous montre clairement que le Code ne l'a conservée que pour le mandat d'arrêt. L'interprète s'arrête étonné en lisant cette disposition, et se demande pourquoi le législateur n'a pas entouré de la même précaution le mandat d'amener, qui emporte arrestation, et le mandat de dépôt, qui entraîne la détention préventive. La réponse, croyons-nous, se trouve dans le but que l'on s'est proposé en organisant ces différentes institutions. L'effet du mandat d'amener est purement temporaire: nous savons qu'il ne peut dépasser vingt-quatre heures. Sa mission tend tout simplement à l'interrogatoire que doit subir le prévenu. Il était donc inutile que le législateur l'entourât des formalités qu'il a reconnues nécessaires pour le mandat d'arrêt.

La réponse est à peu près la même en ce qui concerne le mandat de dépôt ; elle s'induit du rôle qui lui était assigné à l'origine. D'après la loi du 7 pluviôse de l'an X, son effet, comme celui du mandat

1. Elle ne pouvait avoir trait au mandat de dépôt, qui n'a été créé que postérieurement par la loi du 7 pluviôse an IX.

d'amener, ne devait durer que vingt-quatre heures. « Ce mandat, dit M. Flamand [1], était délivré provisoirement par le substitut du commissaire près le tribunal criminel, qui devait avertir dans les vingt-quatre heures le directeur du jury, lequel devait prendre communication de l'affaire dans le plus bref délai, et lancer le mandat d'arrêt s'il y avait lieu. Le prévenu n'était pas écroué, mais gardé dans une chambre particulière de la maison d'arrêt. Il n'y avait là qu'une mesure provisoire.

Le rôle et le but du mandat de dépôt ont-ils changé depuis ? Tout nous porte à croire que non : les travaux préparatoires [2], et certains textes épars dans le Code d'instruction criminelle, tels que les articles 61, 86, 100, 104. S'il en est ainsi, il est parfaitement admissible que la loi l'ait moins garanti que le mandat d'arrêt. Et cependant, dans la pratique actuelle, le mandat de dépôt est dans la plupart des cas employé, à l'exclusion presque complète du mandat d'arrêt. Pourquoi ? C'est précisément parce qu'il est d'un usage plus facile, plus simple et plus avantageux. C'est, en un mot, parce qu'il n'est pas assujetti aux formalités requises pour le mandat d'arrêt, et notamment parce qu'il ne contient pas l'énonciation du fait pour lequel il est décerné, ce qui, parfois, pourrait embarrasser le juge.

1. *De la détention préventive*, p. 40.

2. Locré XXV, p. 182. Merlin fit observer que le Code n'entendait pas maintenir le mandat de dépôt. Treilhard répondit que ce mandat était nécessaire, que très souvent on ne pouvait mettre de suite le prévenu en état d'arrestation ou en liberté avec une entière connaissance de cause.

Ce procédé est un abus, mais il est devenu tellement fréquent, qu'il a fini par se substituer à la règle. C'est en vain que, dans le système contraire, d'après lequel le mandat de dépôt n'aurait pas conservé son caractère primitif, on prétend tirer argument de l'article 100 Inst. crim. : sans doute, dans l'hypothèse visée par ce texte, il est utile que le mandat de dépôt contienne l'énonciation du fait et le but de la poursuite ; mais ce n'est pas indispensable. L'article 100 ne fait point exception à l'article 96, dont la teneur ne s'applique qu'au mandat d'arrêt.

Signalons enfin une différence assez importante entre le mandat de dépôt et le mandat d'arrêt. La loi du 5 septembre 1816, article 4, accorde au Trésor public un privilège sur tous les biens du condamné, pour le recouvrement des frais de justice. Or, d'après le texte, le privilège, si un mandat d'arrêt a été décerné, prend naissance du jour de l'incarcération. Si, au contraire, on a employé le mandat de dépôt, le privilège n'existe que du jour de la condamnation. Cette doctrine a été suivie par un arrêt de la Cour de Nancy, que nous trouvons rapporté dans Sirey (65, II, p. 92.)

Disons maintenant un mot des formes requises pour les mandats. L'article 95 Inst. crim. nous renseigne à ce sujet, mais ne traite pas du mandat d'arrêt, dont s'occupe l'article 96. Les mandats de comparution, d'amener et de dépôt doivent être signés de celui qui les délivre et munis de son sceau. Ces formalités ont pour but de faire connaître la qualité du fonctionnaire qui procède à la poursuite ou

ordonne l'arrestation. Les mandats, de plus, doivent être datés. La loi ne le dit pas formellement, mais le donne à entendre par certaines dispositions, telles que les articles 94, 100, 637, 638 du Code d'instruction criminelle. En outre, le prévenu doit être désigné le plus clairement possible (article 95 *in fine*) ; mesure parfaitement rationnelle : elle a pour but d'éviter de fatales méprises et de protéger la liberté individuelle.

Enfin, il résulte d'une ordonnance royale du 29 octobre 1820, article 201, qu'un mandat spécial doit être décerné contre chaque individu qu'il s'agit d'arrêter.

Rappelons qu'aux termes de l'article 96 Inst. crim. le mandat d'arrêt, en outre des formalités requises pour les autres mandats, contiendra de plus l'énonciation du fait qui l'a motivé, et la citation de la loi indiquant la nature de l'infraction. Ajoutons : et la mention des conclusions du ministère public.

Quelle est la sanction des conditions exigées pour la validité des mandats? Elle est contenue dans l'article 112 Inst. crim.: « L'inobservation des formalités prescrites pour les mandats de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt, sera toujours punie d'une amende de 50 francs au moins contre le greffier, et, s'il y a lieu, d'injonctions au procureur de la République, et même de prise à partie s'il y échet. » En ce qui concerne le greffier, il ne faut pas, comme le fait observer Carnot, prendre le mot « toujours » au pied de la lettre. Le greffier ne sera passible d'encourir l'amende qu'autant qu'il aura eu connaissance du

mandat, et qu'il aura été en faute de ne l'avoir pas fait rectifier, s'il ne remplit pas les conditions exigées par la loi.

Le mandat qui émane d'un magistrat incompétent est radicalement nul. La Cour de cassation s'est prononcée dans ce sens par un arrêt du 5 mai 1832.

Le mandat qui n'est point revêtu des formalités essentielles peut être attaqué par la voie de l'opposition, comme toutes les ordonnances du juge d'instruction. Le procureur de la République pourra former opposition dans tous les cas; la partie civile, dans plusieurs hypothèses prévues par les articles 114, 128, 129, 131 et 539; le prévenu, dans deux cas seulement, déterminés par les articles 114 et 539 Inst. crim. L'art. 135 nous indique la procédure à suivre. L'opposition devra être formée dans le délai de vingt-quatre heures, et portée devant la Chambre des mises en accusation, qui statuera, toute affaire cessante.

CHAPITRE V

DE L'EXÉCUTION DES MANDATS

Le juge d'instruction, lorsqu'il a décerné un mandat, doit en donner connaissance au procureur de la République, qui a pour mission de le faire exécuter. L'article 28 du Code d'instruction criminelle posa, à cet égard, le principe auquel l'article 29 apporte aussitôt une exception. En effet, lorsqu'il s'agit d'un flagrant délit, et en cas d'absence du procureur de la République, le juge d'instruction peut agir directement. Le mandat de comparution n'étant qu'une simple assignation [1], on reconnaît que ce magistrat peut toujours le faire exécuter. Dans la pratique, paraît-il, on a une tendance singulière à appliquer cette solution au mandat d'amener. Ce procédé est extralégal et certainement contraire aux articles 28, 59 et 61 du Code d'instruction criminelle. Une fois en possession d'un mandat, le ministère public le remet à un huissier ou à un agent quelconque de la force publique, chargé de le porter à son adresse (article 97 Instruction criminelle). Les mandats sont exécutoires dans toute l'étendue de la République (article 98).

Le mandat d'amener, ainsi que nous l'avons

1. On applique les articles 68 et 69 C Pr.

vu, emporte le droit de recourir à la force publique, pour l'agent qui a reçu ordre de le mettre à exécution : dans la pratique, cet agent est un gendarme. Le prévenu, après avoir pris connaissance du mandat, doit immédiatement se mettre à la disposition du fonctionnaire qui le lui a signifié ; s'il refuse, il peut être emmené de force. Le gendarme qui trouve dans un lieu public l'individu désigné peut l'arrêter à tout moment de la journée. Il lui est défendu de pénétrer pendant la nuit dans la maison du prévenu [1]. Les constitutions du 5 fructidor an III et du 22 frimaire an VIII (article 76) consacrent l'inviolabilité du domicile, reconnue par les anciennes ordonnances de Blois, d'Orléans et de Moulins, et ne permettent de s'introduire dans la maison d'un citoyen pendant la nuit, que dans les cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation faite de l'intérieur de l'habitation.

Nous croyons que l'officier public, en pénétrant chez un individu, a le droit d'opérer des perquisitions dans la maison : s'il en était autrement, le prévenu pourrait faire disparaître des objets utiles à l'instruction, ou se cacher en voyant venir le fonctionnaire chargé de l'arrêter.

L'individu touché par un mandat d'amener doit être interrogé dans les vingt-quatre heures au plus tard (article 93). Ce laps de temps expiré, il a le droit de demander à subir un interrogatoire ;

1. Du 1er octobre au 31 mars, la nuit dure de 6 heures du soir à 6 heures du matin ; du 1er avril au 30 septembre, elle commence à 9 heures du soir et se termine à 4 heures du matin.

si le juge n'accède point à sa requête, le prévenu peut réclamer sa mise en liberté immédiate [1]. La détention prolongée serait illégale.

Que deviendra l'inculpé en attendant qu'il soit interrogé ? La loi du 22 germinal an VI, article 168, et l'article 609 du Code d'instruction criminelle s'opposent à ce qu'il soit détenu dans la maison d'arrêt. Prohibition parfaitement logique; car, en définitive, le prévenu peut n'être pas coupable; dans tous les cas, il n'est pas encore déclaré coupable. Il peut même se faire qu'il soit rendu à la liberté aussitôt après l'interrogatoire.

Les auteurs sont loin d'être d'accord sur la solution qu'il convient de donner à la question. Les uns, avec M. de Molènes [2], soutiennent que l'individu sous le coup d'un mandat d'amener doit être gardé dans une chambre spéciale de la maison d'arrêt, de façon à ce qu'il soit isolé des autres prisonniers. Mais que fait-on alors de l'article 609 instruction criminelle ?

D'autres, avec Faustin-Hélie [3], prétendent que le prévenu doit être déposé provisoirement et retenu dans un local affecté à cet usage par l'autorité administrative. Assurément, ce système respecte la loi ; mais la distribution intérieure du Palais de Justice ne répond généralement pas au désidératum proposé par les partisans de cette théorie.

1. Arrêt de cassation, 4 avril 1840. Voir aussi les art. 114, 117 du Code pénal.

2. *Traité des fonctions du procureur du roi*, II, 66.

3. Faustin-Hélie, IV. p. 648.

En fait, le prévenu est conduit à la maison d'arrêt ; c'est une violation de la loi. Convenons que les dispositions législatives sont quelquefois difficiles à concilier avec les nécessités de la pratique, et que sur ce point notre Code contient une lacune qu'il importe de combler.

Lorsque l'interrogatoire a eu lieu, l'inculpé est remis en liberté ou constitué en état de détention préventive, suivant les cas. Dans cette dernière hypothèse, le juge d'instruction décerne contre lui un mandat de dépôt ou d'arrêt, et ordonne qu'il soit conduit à la maison d'arrêt. L'agent de la force publique chargé de l'exécution du mandat doit suivre les prescriptions de l'article 107 instruction criminelle. Il fait l'exhibition de l'ordre de détention au gardien de la prison, qui lui donne décharge de la remise du prévenu[1]. L'article 111 instruction criminelle nous indique la marche à suivre pour l'exécuteur du mandat : « Il portera ensuite au greffe du tribunal correctionnel les pièces relatives à l'arrestation, et en prendra une reconnaissance. Il exhibera ces décharge et reconnaissance dans les vingt-quatre heures au juge d'instruction ; celui-ci mettra sur l'une et sur l'autre son vu, qu'il datera et signera. »

Les mandats, nous l'avons vu, sont exécutoires dans toute l'étendue de la République (article 98). N'importe où soit trouvé le prévenu, dans les limites

1. Le gardien est responsable de l'accomplissement des formalités requises par la loi (article 609 instruction criminelle).

du territoire, il peut donc être atteint par le mandat lancé contre lui. Mais l'application de cette règle pourrait entraîner des conséquences fâcheuses, si, depuis un certain temps, l'inculpé avait quitté le lieu où, par la suite, des indices graves et de fortes présomptions ont, à son sujet, donné l'éveil à la justice. « Il y aurait trop d'inconvénients à ce qu'en vertu d'un mandat d'amener, un prévenu pût être conduit d'une extrémité du territoire à l'autre, sur de simples suspicions qui peuvent servir de base à une détermination aussi provisoire qu'un mandat d'amener [1]. » Ce sont ces motifs qui ont inspiré l'article 100 du Code d'instruction criminelle : « Lorsque, après plus de deux jours depuis la date du mandat d'amener, le prévenu aura été trouvé hors de l'arrondissement de l'officier qui a délivré ce mandat, et à une distance de plus de 5 myriamètres du domicile de cet officier, ce prévenu pourra n'être pas contraint de se rendre au mandat ; mais alors le procureur de la République de l'arrondissement où il aura été trouvé et devant lequel il sera conduit, décernera un mandat de dépôt en vertu duquel il sera détenu dans la maison d'arrêt. » Il résulte de ce texte que, lorsque les conditions qu'il édicte seront remplies, le prévenu pourra n'être pas contraint de se rendre au mandat. Est-ce à lui qu'appartient l'option entre la translation immédiate et le dépôt provisoire? Nous ne le pensons pas. L'expression de la loi et l'origine historique de l'article 100 Inst. crim. donnent clai-

1. Instruction du 29 septembre 1791.

rement à entendre que le pouvoir d'appréciation dont il s'agit, est de la compétence du ministère public chargé de l'exécution du mandat. « Sans doute, dit Faustin-Hélie, le prévenu a la faculté de demander à n'être pas contraint; mais sa demande n'est pas une condition essentielle de la décision du procureur de la République : car la loi n'a conféré qu'au pouvoir chargé de l'exécution des mandats l'appréciation de la nécessité de la translation. La plupart des prévenus ignorent, d'ailleurs, la disposition facultative de l'article 100 Inst. crim. ; et, s'il fallait attendre leur demande, cet article demeurerait à peu près sans application. »

L'article 100-2° nous apprend que le mandat devra être pleinement exécuté, si le prévenu a été trouvé muni d'effets, de papiers ou d'instruments faisant présumer qu'il est l'auteur du fait incriminé.

Le procureur de la République qui, dans ce cas, a délivré un mandat de dépôt doit, dans les vingt-quatre heures de l'exécution de ce mandat, en donner avis et transmettre les procès-verbaux, s'il en a été dressé, à l'officier qui a décerné le mandat d'amener (article 101). Celui-ci communiquera le tout au juge d'instruction près duquel il exerce (article 102). Le magistrat, dans cette matière, est investi d'un certain pouvoir d'appréciation : il peut laisser l'inculpé sous mandat de dépôt ou ordonner sa translation immédiate au lieu de l'instruction.

S'il prend le premier parti, il transmet sous cachet au juge d'instruction du lieu où le prévenu a été trouvé les pièces, notes et renseignements relatifs au

délit, afin de faire subir l'interrogatoire à ce prévenu. Toutes les pièces seront ensuite également renvoyées avec le procès-verbal de l'interrogatoire au juge saisi de l'affaire (art. 103). Dans le deuxième cas, le magistrat délivrera un mandat d'arrêt qui maintiendra l'ordre de translation du prévenu.

Telles sont les formalités requises par le Code d'instruction criminelle, lorsqu'on n'a pu mettre la main sur l'individu désigné par le mandat. Qu'arrivera-t-il s'il a réussi à échapper aux poursuites dont il est l'objet ? L'article 105 Inst. crim. nous donne la solution : le mandat sera exhibé au maire ou à l'adjoint, ou au commissaire de police de la commune de la résidence du prévenu. Le fonctionnaire qui aura pris connaissance du mandat, devra mettre son visa sur l'original de l'acte de notification. Le but de ce visa est d'indiquer que l'agent a rempli sa mission. La loi dit « sur l'original » ; nous pouvons donc induire que la copie de la notification doit être remise conformément à l'article 97 Inst. crim. A qui, puisque nous supposons le prévenu absent ? à sa femme [1], à ses parents, à ses serviteurs ou à ses voisins. Nombre d'arrêts ont décidé qu'on devait, par analogie, appliquer dans cette hypothèse les règles prescrites par le Code de procédure civile [2].

1. Arrêt de cassation, 15 mars 1867.

2. D'après Faustin-Hélie, dont l'opinion, généralement admise, s'appuie sur un arrêt de cassation (3 janvier 1834), l'omission des formes prescrites par l'article 105 Inst. crim. n'entraîne la nullité, ni du mandat, ni de la procédure qui l'a suivi. On ne peut, en effet, faire reposer une nullité que sur un texte, et notre article ne la prononce pas.

L'exécution du mandat de dépôt et celle du mandat d'arrêt ont entre elles une grande analogie. Elles sont peu compliquées ; il est facile d'en indiquer la raison : ces deux mandats, dans la plupart des cas, sont décernés après l'interrogatoire et lorsque le prévenu n'a pu se disculper des charges qui pèsent sur lui. Il se peut faire cependant que, dans le cas de l'article 248 Inst. crim., un mandat de dépôt soit délivré *de plano* contre un individu jouissant de sa liberté. Si le porteur du mandat ne peut trouver le prévenu, il suivra les formalités de l'article 105, parce que l'article 109 ne vise que le mandat d'arrêt et que le décret du 11 juin 1811 n'a pas trait à cette hypothèse. L'article 97 Inst. crim., s'appliquant à tous les mandats, il en résulte que le mandat de dépôt et le mandat d'amener doivent être notifiés par un huissier ou un agent de la force publique, qui en fait l'exhibition au prévenu et lui en délivre copie.

Le prévenu contre lequel on décerne un mandat de dépôt est immédiatement conduit, au sortir du cabinet du juge d'instruction, dans la maison d'arrêt. Sur l'exhibition du mandat de dépôt, il est reçu et gardé dans la prison ; et le gardien remet à l'huissier, ou à l'agent de la force publique chargé de l'exécution du mandat, une reconnaissance de la remise du prévenu (article 107 Inst. crim.).

Si le mandat de dépôt est lancé contre un individu qu'on ne trouve point à son domicile, son exécution est soumise aux mêmes formalités que celles exigées pour le mandat d'arrêt. On appliquera, dans ce cas, l'article 109 Inst. crim.

Le prévenu, sous le coup d'un mandat d'arrêt, doit également être mené sans retard à la prison. On suit pour l'incarcération le même procédé que dans le mandat de dépôt. L'agent de la force publique doit s'entourer d'une force suffisante pour empêcher l'évasion du prévenu et réprimer toute tentative de rébellion. S'il ne le fait pas, il assume par sa négligence une certaine responsabilité ; il peut être l'objet de poursuites répressives, et la partie civile est en droit de lui réclamer des dommages-intérêts. L'article 108 Inst. crim. nous indique que la force publique est obligée, dans ce cas, d'obéir à l'injonction qui lui est faite.

Lorsque l'inculpé est trouvé hors de l'arrondissement de l'officier qui a lancé le mandat, l'article 98 § 2 Inst. cr. nous trace une procédure complémentaire. « Le prévenu, dit le texte, sera conduit devant le juge de paix ou son suppléant et, à leur défaut, devant le maire ou l'adjoint du maire, ou le commissaire de police du lieu, lequel visera le mandat, sans pouvoir en empêcher l'exécution. » Le motif de la loi est facile à comprendre : elle a voulu, craignant dans cette hypothèse les détentions illégales ou arbitraires, entourer l'emprisonnement préalable de précautions plus grandes. Mais quel est alors le pouvoir du juge de paix ou des officiers publics qui le remplacent à son défaut? Faustin-Hélie [1] prétend que le pouvoir de l'officier de police est limité à la vérification de l'existence du mandat et à la surveillance de son exécu-

1. IV, 1982.

tion. S'il ne peut s'opposer à son exécution, il peut empêcher un acte qui ne serait plus son exécution. Mangin[1], partisan de la même doctrine, soutient que le juge de paix ne peut jamais refuser son visa. Mais alors son rôle est complètement effacé : il ne constitue qu'une simple formalité. Que deviennent, avec ce système, le but que s'est proposé le législateur, et les garanties que, dans ce cas, il a cru bon d'accorder aux citoyens ?[2] Aussi, pensons-nous que, si le mandat ne remplit pas les conditions exigées par la loi, s'il ne contient pas les formalités substantielles, et si l'individu arrêté n'est pas celui désigné par l'ordre du magistrat, le juge de paix doit refuser son visa, en indiquant les motifs de son abstention. Dans ce cas, cependant, il agira sagement en faisant conduire l'intéressé devant le juge d'instruction, ou le procureur de la République de l'arrondissement. Le magistrat appréciera le fait et tranchera la question. Le porteur du mandat, si le juge de paix se désintéressait de l'affaire (article 616 Inst. crim.), pourrait également, dans le même but, employer le même procédé. Il ne lui est pas permis de détenir la personne arrêtée : il se rendrait coupable, en le faisant, de détention illégale.

Le prévenu est écroué à la maison d'arrêt du lieu où il a été trouvé. Si le mandat l'exige, il sera conduit immédiatement dans celle de l'arrondissement où se fait l'instruction.

1. I, n° 156.

2. Qu'on n'objecte pas l'art. 98 Inst. crim. : le législateur, en l'écrivant, ne songeait qu'à un mandat régulier.

Il peut se faire que, prévoyant son arrestation, l'inculpé ait pris la fuite. L'art. 109 Inst. crim. vise cette hypothèse : « Si le prévenu ne peut être saisi, le mandat d'arrêt sera notifié à sa dernière habitation, et il sera dressé procès-verbal de perquisition. Ce procès-verbal sera dressé en présence des deux plus proches voisins du prévenu que le porteur du mandat d'arrêt pourra trouver. Ils le signeront ou, s'ils ne savent ou ne veulent pas signer, il en sera fait mention, ainsi que de l'interpellation qui en aura été faite. Le porteur du mandat d'arrêt fera ensuite viser son procès-verbal par le juge de paix ou son suppléant, ou à son défaut, par le maire, l'adjoint ou le commissaire de police du lieu, et lui en laissera copie. Le mandat d'arrêt et le procès-verbal seront ensuite remis au greffe du tribunal. »

Le décret du 18 juin 1811, article 77, complète l'article 109 Inst. crim. Nous ne pouvons mieux indiquer les dispositions de ce texte qu'en le reproduisant. L'article 77 s'exprime en ces termes : « Si, malgré les perquisitions faites par l'huissier, le prévenu accusé ou condamné n'est point arrêté, une copie en forme du mandat d'arrêt, de l'ordonnance de prise de corps, de l'arrêt ou jugement de condamnation sera adressée au commissaire général de police, à son défaut, au commandant de la gendarmerie et, à Paris, au préfet de police. Le préfet, les commissaires généraux de police et les commandants de gendarmerie donnent aussitôt à leurs subordonnés l'ordre d'assister les huissiers dans leurs recherches, et de les aider de leurs renseignements.

« Enjoignons aux agents de la force publique et de la police de prêter aide et main-forte aux huissiers, toutes et quantes fois ils en seront par eux requis, et sans pouvoir en exiger aucune rétribution, à peine d'être poursuivis et punis suivant l'exigence des cas. Néanmoins, lorsque des gendarmes et agents de police porteurs de mandements de justice viendront à découvrir, hors de la présence des huissiers, les prévenus, accusés ou condamnés, ils les arrêteront et les conduiront devant le magistrat compétent. »

Telle est, rapidement exposée, la procédure à suivre et les moyens à employer pour constituer en état de prévention préventive.

CHAPITRE VI

DE LA MISE AU SECRET

Ainsi que nous l'avons vu, la prison préalable a pour but de priver de sa liberté le prévenu, pendant le temps que dure l'instruction. Dans la plupart des cas, il suffira de retrancher de la société l'individu que de graves présomptions semblent désigner comme le coupable. Mais cette mesure, déjà si rigoureuse cependant, sera-t-elle toujours suffisante ? Le législateur ne l'a pas pensé, et il a laissé dans le Code l'institution connue sous le nom de mise au secret.

A Rome, où la liberté sous caution était la règle, l'interdiction de communiquer était inconnue.

Il n'en fut pas de même dans notre ancien droit ; et, à côté des souffrances physiques, conséquence inévitable et cherchée de la question, on admit la mise au secret, véritable douleur morale qui étreignait le patient et qu'on crut nécessaire, vraisemblablement pour adoucir les déplorables effets de la torture. Imaginée par la procédure inquisitoriale, elle ne tarda pas à devenir la règle, et subsista jusqu'à la fin de l'ancien régime. Après avoir été soumis à la question, l'accusé, délivré des mains du bourreau, était reconduit à son cachot ; et là, pendant des heures entières, quelquefois des journées consécutives, il était livré à lui-même et subissait l'influence

de ses deux ennemis les plus redoutables, la solitude et le désespoir. Le réduit que la générosité de l'État mettait à la disposition de l'inculpé n'était troublé par aucun bruit, éclairé par aucun rayon de lumière. Le silence et l'obscurité s'y étaient donné rendez-vous pour accabler le malheureux tombé entre les mains de la justice humaine, acccusé d'un crime !

Le prévenu, privé de toute communication avec l'extérieur, ne recevait d'autres visites que celles du juge, toujours accompagné du greffier, quelquefois de l'exécuteur,et celles nécessaires et plus fréquentes du geôlier qui lui apportait sa nourriture, mais ne devait pas lui parler. La mise au secret était la règle, toutes les fois qu'un individu était arrêté sous l'inculpation de crime. L'ordonnance de mai 1425 nous l'indique formellement : « Quand aucuns prisonniers seront amenés pour cas criminels, le geôlier sera tenu de les mettre en prison fermée, en telle manière que nul ne parle à eux, et, en ce point, les servir tant qu'il ait autre mandement du prévost ou de son lieutenant. »

L'ordonnance de 1453 de Charles VII n'était pas moins précise : « Défendons au geôlier des prisons de notre dict parlement qu'il ne souffre aucune personne parler à icelui prisonnier, ainsi mis ès dictes prisons sous l'ordonnance de notre dicte cour, et sous peine d'être gravement puni. »

L'ordonnance de 1670 admettait également la mise au secret, qu'elle réglementait minutieusement. On lit dans l'article 17 : « Ne sera permise aucune

communication aux prisonniers enfermés dans les cachots, ni souffert qu'il leur sera donnés aucune lettre ou billets. » Ces différentes dispositions demeurèrent en vigueur jusqu'à la constitution des 16-29 septembre 1791 [1], qui soumit la mise au secret à des règles nouvelles. « Les parents et amis de l'arrêté porteurs de l'ordre de l'officier municipal, lequel ne pourra le refuser, auront le droit de se faire représenter la personne du détenu, et le gardien ne pourra s'en dispenser qu'en justifiant de l'ordre exprès du président ou directeur, inscrit sur son registre, de le tenir au secret. »

Le Code des délits et des peines du 3 brumaire de l'an IV [2] et la constitution du 22 frimaire de l'an VIII [3] donnaient au juge le droit de prendre toutes les précautions nécessaires à l'instruction, et d'ordonner la mise au secret quand cette mesure lui paraissait indispensable.

Les lois de la période intermédiaire ont donc singulièrement modifié l'ancien principe. Autrefois, l'interdiction de communiquer était la règle en cas de crime ; depuis 1791, elle est devenue l'exception. Il est facile de reconnaître à ce point de vue l'influence de l'école philosophique du XVIII[e] siècle.

La théorie nouvelle passa dans le Code de 1808, qui la reproduisit dans l'article 613 § 3. Ce texte était ainsi conçu : « Le juge d'instruction et le président des assises pourront néanmoins donner respec-

1. Titre XV, article 8.
2. Article 579.
3. Article 80.

tivement tous les ordres qui devront être exécutés dans dans les maisons d'arrêt et de justice, et qu'ils croiront nécessaires, soit pour l'instruction, soit pour le jugement. » L'article 618 confirme cette disposition. Le pouvoir discrétionnaire confié au magistrat fut plusieurs fois en butte à de vives critiques. En 1842, on voulut le restreindre ; mais ce projet, comme tant d'autres depuis, ne put aboutir. Repris vingt-trois ans plus tard, il fut enfin admis et eut pour résultat la modification de l'article 613, œuvre de la loi du 14 juillet 1865. Les pouvoirs du juge d'instruction en cette matière sont restreints et soumis à des formalités nouvelles. Le magistrat peut encore aujourd'hui ordonner la mise au secret ; mais il devra pour cela rendre une ordonnance, qui sera transcrite sur le registre de la prison. L'interdiction de communiquer ne pourra s'étendre au delà de 10 jours ; elle pourra toutefois être renouvelée. Il en sera rendu compte au procureur général. La loi nouvelle présente donc des garanties plus sérieuses en cette matière pour l'inculpé. De plus, elle a pour effet d'obliger le juge à agir promptement. Enfin, le délai maximum de dix jours, pendant lequel dure l'interdiction de communiquer, lui donne le temps de la réflexion avant de prononcer une deuxième ordonnance.

La mise au secret est un moyen d'information que peuvent seuls employer le juge d'instruction et le président des assises : le ministère public, qui n'est chargé que de la poursuite des délits, ne la pourrait point ordonner. L'autorité administrative est également incompétente pour prendre cette mesure, qui

rentre dans les attributions de l'autorité judiciaire. Le juge d'instruction a, en cette matière, un pouvoir presque sans limites [1]. Le législateur s'en est remis à lui du soin d'ordonner cette précaution, dont les conséquences rigoureuses ont attiré plusieurs fois l'attention des publicistes.

Le magistrat fera donc bien de ne pas agir à la légère, et de ne prononcer l'interdiction de communiquer que dans les hypothèses particulièrement graves, lorsqu'il sera question de crimes commis de concert, de complots, ou que toutes les circonstances de l'affaire lui feront un devoir d'user de la rigueur de la loi. Lorsqu'il se résoudra à recourir à ce moyen extrême, il devra toujours avoir présentes à l'esprit ces mémorables paroles de M. de Serres : « L'emploi indifférent de cette mesure contre tous les prévenus et sa prolongation sont tellement contraires à la bonne administration de la justice, et aux droits de l'humanité, que les juges d'instruction n'en sauraient user avec trop de réserve. Ils ne doivent l'ordonner que lorsqu'elle est indispensable à la manifestation de la vérité, et seulement dans le temps strictement nécessaire pour atteindre ce but. Jamais, au surplus, il ne doit être ajouté à la rigueur de ce moyen d'instruction aucune rigueur accessoire, et le prévenu momentanément privé de communication doit être, à tout autre égard, traité comme les autres détenus [2]. »

1. Cassation, arrêt du 10 décembre 1847.
2. Circulaire ministérielle du 10 février 1819.

L'ordonnance prononçant la mise au secret peut-elle être attaquée par celui qu'elle atteint? Faustin-Hélie admet l'affirmative, et soutient que le prévenu a le droit de former un recours devant la chambre des mises en accusation. Il fait reposer sa théorie sur un arrêt de cassation du 29 avril 1826, qui déclare « que le mot « ordonnances » dont se sert l'article 28 du Code d'instruction criminelle, comprend tous les actes du juge d'instruction qui sont susceptibles d'envoi, de notification ou d'exécution [1] ».

Certes, nous ne pouvons que désirer de voir ce système autorisé par la loi. Mais, malgré l'influence considérable qui s'attache au nom de Faustin-Hélie, est-il bien facile d'admettre cette doctrine, dans l'état actuel de notre législation? Nous ne le pensons pas. Lisons l'article 279 du Code d'instruction criminelle. Que nous apprend-il? Que les représentations que pourrait faire le procureur général au juge d'instruction dans notre matière, s'il y avait lieu, n'auraient qu'une autorité purement morale. De plus, de l'article 136 Inst. crim., tel que l'a modifié la loi du 17 juillet 1856, il résulte que le prévenu ne peut former opposition aux ordonnances du juge d'instruction que dans les cas où les articles 114 et 539 Inst. crim. lui en donnent la faculté, c'est-à-dire pour refus de mise en liberté provisoire ou incompétence. Or, il faut bien le reconnaître, et la forme exclusive du texte le démontre, l'article 135 § 2, Inst. cr. est limitatif. Nous sommes donc obligé de reconnaître, contrairement à

1. Faustin-Hélie, IV, 1985.

l'opinion de Faustin-Hélie, que le prévenu ne peut former opposition à l'ordonnance du juge d'instruction prescrivant à son égard la mise au secret.

CHAPITRE VII

CESSATION DE LA DÉTENTION

La détention préventive a pour but, nous l'avons reconnu, d'empêcher la fuite de l'inculpé et de garantir sa présence pendant l'information. En principe, elle devrait donc exister tant que dure l'instruction, c'est-à-dire jusqu'au jugement. Mais, ainsi que nous l'avons fait observer, la prison préalable est une injustice qui ne se légitime que par sa nécessité. Le droit à la liberté individuelle, que la loi reconnaît à tout citoyen, doit fléchir devant le droit à la conservation, qui permet à la société de réprimer les infractions. Dans l'intérêt de tous, la société peut porter atteinte à la liberté du prévenu. Elle a la faculté de l'en priver quand cette mesure lui paraît indispensable. Le peut-elle encore lorsque la nécessité de ce moyen rigoureux ne se fait plus sentir pendant l'instruction? Les principes du droit de punir, et les considérations que nous avons émises sur ce point, nous portent à donner à cette question une solution négative. Le Code de 1808, cependant, n'avait pas complètement admis cette manière de voir, acceptée depuis par le législateur moderne. Sous l'empire du Code, le juge d'instruction, qui pouvait incarcérer un individu, n'avait pas ensuite la faculté de le rendre à la liberté avant le jugement, quand il n'avait pas de doute sérieux sur sa culpabilité. Il avait le droit

d'emprisonner, mais il ne lui était pas permis de relaxer provisoirement le prévenu. Il ne pouvait, en un mot, donner mainlevée des mandats.

SECTION PREMIÈRE

DE LA MAINLEVÉE DES MANDATS

Pour les mandats de comparution et d'amener, la question ne souffrait point difficulté. L'interrogatoire terminé, si le prévenu se disculpait, il était tout simplement laissé en liberté. Et cela se comprend : il n'avait pas encore jusque-là été constitué en état de détention. Il n'en était pas de même en ce qui concerne les mandats de dépôt et d'arrêt ; ils étaient en quelque sorte définitifs, et leur effet se prolongeait jusqu'au jugement. Le prévenu, sous le coup d'un mandat de dépôt ou d'arrêt, restait sous les verrous jusqu'au jour de la sentence qui le reconnaissait innocent ou le déclarait coupable. Le magistrat ne pouvait pendant l'instruction le rendre à la liberté. C'était un abus : il peut se faire qu'un prévenu ait de puissants motifs pour prendre la fuite ; mais il est loisible d'admettre aussi qu'il ait de meilleures raisons pour rester et se présenter de son gré, chaque fois qu'il en sera requis, devant le juge d'instruction. Il peut arriver que les présomptions qui semblent tout d'abord l'accabler deviennent moins fortes. Le crime qui, au premier abord, paraissait très grave peut ensuite, grâce aux circonstances du fait mieux connues,

apparaître aux yeux de tous comme un simple délit : c'est peut-être seulement la conséquence d'une grande imprudence. Dans ce cas, pourquoi le juge qui, dans l'intérêt social, a ordonné la détention préventive ne la ferait-il point cesser, si les indices qu'il a recueillis et les conditions du fait incriminé la lui présentent comme inutile ? Pourquoi ne pas relaxer un être inoffensif peut-être, et qu'on s'est trop hâté quelquefois de retrancher de la société ? Ces considérations cependant n'avaient point touché le législateur ; et, jusqu'en 1855, le magistrat ne pouvait donner mainlevée des mandats de dépôt et d'arrêt. Seulement, si, après la délivrance de ces mandats, l'inculpé était reconnu innocent, une ordonnance de non-lieu le rendait à la liberté. La loi du 4 Avril 1855 apporta une heureuse innovation en cette matière, et permit, quelle que fût la nature de l'inculpation, de donner mainlevée du mandat de dépôt.

Le législateur, toutefois, ne voulut pas étendre cette disposition au mandat d'arrêt, auquel il entendait conserver les garanties plus sérieuses et les formalités plus compliquées dont il était entouré. Cette distinction était peu rationnelle ; car déjà, comme depuis d'ailleurs, le mandat de dépôt était presque toujours employé à l'exclusion du mandat d'arrêt. L'anomalie que nous signalons subsista cependant quelques années encore, et, jusqu'en 1865, le mandat d'arrêt conserva son caractère d'irrévocabilité. La loi du 14 juillet 1865 fit cesser cette singularité, et rédigea ainsi l'article 94 du Code

d'instruction criminelle : « Dans le cours de l'instruction, le juge pourra, sur les conclusions conformes du procureur de la République, et quelle que soit la nature de l'inculpation, donner mainlevée de tout mandat de dépôt ou d'arrêt, à la charge par l'inculpé de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement, aussitôt qu'il en sera requis. »

A ce propos, on a prétendu qu'il y avait contradiction entre l'article 94 et l'article 113 instruction criminelle. Dans le premier, pour la mainlevée des mandats, le législateur exige l'approbation du ministère public (argument des mots « conclusions conformes); dans le deuxième, il semble se contenter d'un simple avis du procureur de la République. Comment concilier ces deux dispositions? L'explication est assez simple : dans les articles 94 et 113 instruction criminelle, il y a deux ordres d'idées différents. Dans l'hypothèse prévue par le premier texte, le juge d'instruction agit de son propre mouvement; il prétend accorder au prévenu une faveur que celui-ci ne réclame pas. La loi exige une garantie; elle veut que l'opinion du magistrat, sur la conduite à tenir à l'égard de l'inculpé, soit partagée par le procureur de la République. Si celui-ci est d'avis contraire, la loi de 1855, relativement à la mainlevée du mandat, ne pourra être appliquée. Tout autre est le cas visé par l'article 113 instruction criminelle. C'est un droit pour le prévenu de demander sa mise en liberté ; il use, en présentant sa requête, du bénéfice que la loi lui

concède : le contentieux apparaît. L'ordonnance du juge d'instruction tranchera la question qu'auront éclairée les conclusions du ministère public. Le prévenu et le procureur pourront d'ailleurs l'attaquer devant la chambre des mises en accusation.

SECTION II

DE LA LIBERTÉ PROVISOIRE

La mainlevée des mandats, nous venons de le voir, a pour effet de mettre fin à la détention préventive. La liberté provisoire produit aussi ce résultat. Examinons tout d'abord et brièvement l'histoire de cette institution.

La liberté sous caution était admise à Athènes.

A Rome, il fut longtemps de principe que le prévenu ne pouvait être considéré comme un coupable : la mise en liberté provisoire était donc la règle. Il est vrai de dire, et nous sommes obligé d'ajouter que cet usage reçut, au cours des siècles, de graves atteintes que lui porta le despotisme impérial. L'organisation de la *custodia* et un rescrit d'Antonin-le-Pieux qui est conservé au Digeste [1] en sont la preuve.

En Gaule, avec la législation primitive des barbares, la liberté était la plupart du temps respectée : le prévenu restait maître de sa personne.

Pendant la période féodale, la liberté individuelle

1. Loi 7, Dig., L. 48, T. 3.

fut presque complètement à la merci de l'arrogance des seigneurs. Leur autorité, arrivée à son apogée vers le XI^e^ siècle, fut peu à peu restreinte par la puissance royale qui grandissait chaque jour. Ce ne fut cependant qu'au XVI^e^ siècle, à partir de l'ordonnance de 1539, qu'on édicta des formalités pour constituer un individu en état de détention préventive. C'est à cette époque que s'introduisirent dans la pratique les adjournements personnels, dont l'effet n'avait pas pour but de priver de sa liberté celui qui en était l'objet. La liberté provisoire existait donc quelquefois sous l'ancien régime. Jousse nous l'indique formellement dans un passage rapporté par Faustin-Hélie [1]. « L'élargissement provisionnel, dit Jousse, est celui qui s'accorde par le juge à l'accusé, en connaissance de cause, par provision et pendant l'instruction du procès, à la charge par l'accusé de se présenter à toutes assignations. Dans les grands crimes, on ne doit jamais élargir l'accusé par provision pendant le jugement du procès, pour peu qu'il y ait des preuves. Mais, dans les cas qui ne sont pas absolument graves ou qui paraissent excusables, les accusés, quoique décrétés originairement de prise de corps, peuvent être élargis par provision sur une requête présentée à cet effet, et communiquée à la partie publique et à la partie civile. Cela s'observe ainsi tous les jours, surtout à l'égard des accusés qui sont d'un rang distingué, à l'égard des femmes et filles de condition hon-

1. Faustin-Hélie, IV, 1987.

nête et domiciliées, lorsqu'il n'y a aucun soupçon de fuite. »

La constitution de 1791 [1] déclare que « nul homme arrêté ne peut être retenu, s'il donne caution suffisante, dans tous les cas où la loi permet de rester libre sous cautionnement [2]. » Le chiffre du cautionnement fut bientôt complètement laissé à l'arbitraire du juge.

Le Code du 3 brumaire an IV restreignit ce pouvoir discrétionnaire et fixa le minimun de la garantie à 3,000 francs. Les décisions du Code des délits et des peines furent quelque peu modifiées par la loi du 29 thermidor an IV (article 5). En résumé, à la fin de la période intermédiaire, pouvaient réclamer la mise en liberté provisoire, les prévenus de délit sauf les vagabonds, les inculpés de crime passible d'une peine infamante seulement.

Après bien des hésitations, le législateur de 1808 posa en principe que la liberté provisoire n'était pas un droit pour le prévenu. L'inculpé de crime ne pouvait jamais, sous cette législation, être mis en liberté provisoire (article 113 ancien Inst. crim.). Le prévenu d'un délit punissable de peines correctionnelles pouvait demander à être élargi avant jugement. Il devait pour cela s'adresser à la chambre du conseil, qui lui accordait cette faveur moyennant caution (article 114 ancien). L'article 115 ajoutait :

1. Chap. V, T. 3, article 12.

2. La loi des 19-22 juillet 1791 (Tit. 11, art. 43) décidait que le prévenu d'un délit correctionnel serait retenu pour être jugé par le tribunal correctionnel, ou admis sous caution de se présenter.

« Néanmoins, les vagabonds et repris de justice ne pourront, en aucun cas, être mis en liberté provisoire. »

Cette législation a reçu depuis certaines modifications importantes. Une loi du 17 juillet 1856 a d'abord substitué à la chambre du conseil le juge d'instruction, désormais souverain appréciateur en cette matière. La loi du 14 juillet 1865 confirma la précédente et permit au magistrat de disposer sans contrôle de la liberté du prévenu. Mais la loi du 14 juillet 1865 est un monument très considérable qu'il importe d'examiner ; et, pour cela, il n'est peut-être pas inutile de faire les observations suivantes, qui ressortent de la législation antérieure à cette époque.

La liberté provisoire ne pouvait jamais être réclamée comme un droit par le prévenu. Elle ne devait point lui être accordée lorsque le fait emportait une peine afflictive ou infamante, ou lorsque l'inculpé était rangé parmi les vagabonds ou repris de justice. Enfin, le prévenu, pour être relaxé avant jugement, devait fournir caution solvable de se présenter chaque fois qu'il en serait requis.

La loi de 1865 a édicté, à ces différents points de vue, des dispositions nouvelles. Ainsi, du 2e § de l'article 113 modifié, il résulte que la liberté provisoire est un droit pour le prévenu dans certains cas spécifiés : « En matière correctionnelle, dit ce texte, la mise en liberté sera de droit, cinq jours après l'interrogatoire, en faveur du prévenu domicilié, quand le maximum de la peine prononcée par la loi sera inférieur à deux ans d'emprisonnement. »

Reprenons les différentes conditions exigées par la loi. Il faut que le maximum de la peine prononcée soit inférieur à deux ans d'emprisonnement. Qui fera cette appréciation ? Ce sera le juge d'instruction, et pour cela, il ne se basera, ni sur la plainte, ni sur le réquisitoire du ministère public, mais bien sur l'état de la procédure au moment de l'expiration du délai de cinq jours. S'il s'agit d'un délit puni d'une peine dont le maximum est supérieur à deux ans d'emprisonnement, le texte ne s'appliquera pas. M. Dutruc a classé ces différentes infractions.

Il faut en outre que l'inculpé soit domicilié. C'est une garantie que la loi exige, et il est facile d'en comprendre le but. Le prévenu qui n'a pas de domicile, souvent n'a pas de famille ; il ne se livre à aucun commerce : rien ne peut le retenir, que lui importe d'habiter un pays ou un autre ? Si on le rend à la liberté, il y a tout lieu de croire qu'il profitera de la faveur qu'on lui accorde pour prendre la fuite. Tout le monde admet qu'il ne s'agit pas là du domicile tel que l'a réglementé le Code civil, mais qu'une résidence habituelle et régulière suffit : c'est une question de fait que devra apprécier le juge.

Il faut que le prévenu n'ait pas déjà été condamné pour crime, ou à un emprisonnement de plus d'une année. La généralité des termes de l'article 113 § 5 Ins. cr. ne nous permet pas de nous ranger à l'opinion de M. Dutruc. Cet auteur soutient qu e l'individu précédemment condamné pour crime, mais à un emprisonnement de moins d'une année, en vertu de l'ad-

mission des circonstances atténuantes [1], pourra bénéficier de la disposition nouvelle. Mais ce système, il nous semble, fait trop bon marché des termes de la loi, qui sont pourtant bien expressifs. L'individu qui s'est vu appliquer une peine moindre, grâce à la déclaration des circonstances atténuantes, n'en a pas moins été condamné pour crime. On nous objecte que, si tel était le but du législateur, la rédaction de l'article eût été beaucoup plus claire. A quoi nous répondons qu'il ne faut pas interpréter un texte tel qu'il devrait être, mais bien tel qu'il est rédigé. L'opinion contraire invoque l'exposé des motifs.— Pourquoi s'y reporter, et quelle induction en tirer, quand il est manifeste que le texte de la loi leur est contraire? — Enfin, une circulaire ministérielle du 14 octobre 1865 corrobore la théorie que nous adoptons. Il y est dit, en effet, « qu'une peine quelconque antérieurement encourue pour crime, ou un emprisonnement de plus d'un an pour délit, rendent le prévenu indigne de cette faveur. »

Enfin la liberté n'est de droit que cinq jours après l'interrogatoire. A partir de quel moment commence à courir le délai? A partir de l'interrogatoire qu'a dû subir le prévenu, de suite s'il a été seulement averti par un mandat de comparution, ou dans les vingt-quatre heures, lorsqu'il a été touché par un mandat d'amener. On a dit que ce délai était excessif quand le prévenu était arrêté dans un endroit où il est connu, insuffisant quand le mandat lui est

1. Code pénal, art. 463 § 3.

signifié loin de son domicile. Ces protestations sont-elles justes ? Nous ne le pensons pas. On rencontre toujours des hommes qui croient nécessaire de critiquer, et sans mesurer la portée de leurs observations, une institution nouvelle, parce qu'elle est récente. Le délai est suffisant parce que le juge d'instruction qui lance un mandat d'amener a dû se livrer préalablement à un commencement d'information. Ce laps de cinq jours n'est pas exagéré, parce que le magistrat pourra toujours relaxer le prévenu, aussitôt que celui-ci satisfera aux exigences de l'article 113 § 2 Ins. cr.

La liberté provisoire, avons-nous dit, ne pouvait être accordée à l'inculpé, lorsque le fait incriminé était passible d'une peine afflictive et infamante. Il n'en est plus de même aujourd'hui. Le prévenu peut être relaxé avant jugement en toute matière, même lorsqu'il s'agit d'un crime. Seulement, bien entendu, l'inculpé doit prendre l'engagement de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement, aussitôt qu'il en sera requis (article 113).

Les vagabonds et repris de justice étaient également privés par l'article 115 Inst. cr. du bénéfice de la liberté provisoire. La loi a voulu donner un pouvoir d'appréciation très large au juge d'instruction, lorsque le maximum de la peine prononcée est inférieur à deux ans d'emprisonnement. Elle a considéré la détention préventive comme une question de fait, dont il est difficile à l'avance de déterminer les conditions et la durée ; et, sur ces différents points, elle a préféré s'en rapporter aux lumières du magistrat, le

plus favorablement placé pour prononcer en cette matière, le juge d'instruction.

La loi nouvelle n'oblige pas, en principe, l'inculpé qui réclame la liberté provisoire à fournir un cautionnement. La logique exigeait cette disposition. En effet, sans elle, les vagabonds et repris de justice eussent été, dans la presque totalité des cas, privés de la faveur que le législateur permet de leur accorder. Comment eussent-ils fait pour trouver un cautionnement, eux qui, sans fortune et sans amis, n'ont pour vivre d'autre ressource que le travail de chaque jour?

L'inculpé qui veut obtenir sa mise en liberté provisoire est tenu d'accomplir certaines formalités.

Il doit d'abord faire une demande: l'article 113 l'exige. L'article 117 nous indique la procédure à suivre. En pratique, l'impétrant dépose au greffe une requête sur papier timbré[1], signée de lui ou de son avocat. La requête est communiquée au ministère public, qui y appose ses conclusions. La décision est ensuite écrite sur la demande.

L'article 118 nous apprend qu'elle doit être notifiée à la partie civile. Cette disposition se comprenait parfaitement sous l'ancienne législation ; car, alors, le cautionnement renfermait les dommages-intérêts qui pouvaient être alloués à la partie civile. Depuis la loi du 14 juillet 1865, il n'en est plus de même. L'article 116 Instr. crim., qui eût dû être supprimé, a été reproduit dans l'article 118, vraisemblablement par inadvertance.

1. La loi, cependant, n'exige pas l'emploi du papier timbré.

A la requête doit être joint l'original de l'exploit de notification faite à la partie civile, aux termes de l'article 118, ou une déclaration du greffier, constatant que la partie civile n'habite pas dans l'arrondissement du ressort du juge, et qu'elle n'y a pas fait élection de domicile (art. 68 Inst. crim.).

Ainsi que nous l'avons remarqué, la requête doit être communiquée au ministère public, dont la loi n'exige pas des conclusions conformes, contrairement à ce qui a lieu pour la mainlevée du mandat. Dans le cas qui nous occupe, le juge fait acte de juridiction. Sa décision pouvant être attaquée, il n'est pas nécessaire que les conclusions soient conformes.

Nous avons déjà vu la disposition de l'article 113 Instruction criminelle, qui a pour but de forcer le prévenu à se représenter toutes les fois qu'il en sera requis. Le projet de Code d'instruction criminelle actuellement à l'étude est beaucoup plus libéral en cette matière. L'article 105, qui a trait à notre question, simplifie singulièrement la procédure à suivre[1].

Enfin le demandeur doit, « préalablement à la mise en liberté avec ou sans caution, par acte reçu au greffe, élire domicile, s'il est inculpé, dans l'endroit où siège le juge d'instruction; s'il est prévenu ou accusé, dans celui où siège la juridiction saisie du

1. Article 105: « En toute matière et à toute période de la détention préventive, dès que cette mesure a cessé d'être indispensable à la recherche de la vérité, le juge doit mettre en liberté provisoire l'inculpé, à charge par celui-ci d'élire domicile au siège de la cour ou du tribunal, et de prendre l'engagement de se présenter à tous les actes de la procédure, ainsi que pour l'exécution de la sentence, aussitôt qu'il en sera requis. »

fond de l'affaire » (article 121 Inst. crim. *in fine*). L'expression « accusé », qu'on trouve dans ce texte, est défectueuse au point de vue du droit pur ; l'article 126 nous l'indique très clairement.

SECTION III

DE LA LIBERTÉ SOUS CAUTION

De l'article 114 du Code d'instruction criminelle, il résulte que la liberté provisoire peut être accordée avec ou sans cautionnement.

« La liberté sous caution, dit Faustin-Hélie, n'intervient que lorsque l'arrestation a été jugée nécessaire, que le mandat a été mis à exécution, et que le juge n'a pas pensé, après l'interrogatoire de l'inculpé, pouvoir le remettre en liberté sans que sa représentation soit assurée; le cautionnement est la garantie de cette représentation. L'inculpé ne recouvre qu'une liberté conditionnelle : le lien du cautionnement l'attache et le retient dans le ressort du tribunal saisi. Il est rendu à ses travaux, à ses affaires, mais la justice n'a fait que relâcher la chaîne dont elle tient le bout; il reste à sa disposition. La loi garantit ainsi, sans déployer une inutile rigueur, les droits de la justice ; elle assure, en laissant l'inculpé en liberté, l'exécution du jugement. Il suit de là que le caractère général de la mise en liberté sous caution est de remplacer la garantie de l'emprisonnement préalable par la garantie du cautionnement; de substituer à la détention qui, appliquée aux préve-

nus, est une mesure de sûreté, une autre mesure de sûreté ; de changer le gage dont la justice a besoin sans en diminuer la valeur [1]. »

En quoi consiste le cautionnement? En une certaine somme destinée à garantir la présence du prévenu pendant l'instruction et à l'exécution du jugement. L'ancien article 119 Inst. cr. en avait fixé le chiffre minimum à 500 francs ; un décret du 23 mars 1848 permit de l'abaisser à un taux dérisoire. La loi nouvelle, qui s'en rapporte au juge d'instruction sur le point de savoir quand il convient d'accorder ou de refuser la liberté, lui a laissé toute latitude relativement au cautionnement. « Il faut qu'il s'abaisse ou s'élève avec la position de l'inculpé, la nature de l'infraction et la gravité de la peine : il est donc de l'essence du cautionnement d'être variable. C'est sa mobilité qui fait son égalité et sa force [2] ».

Le cautionnement consistera en une certaine somme fournie par un tiers ou par l'inculpé, ou encore dans l'engagement pris par une personne solvable de faire représenter le prévenu à toute réquisition de la justice. Sous l'empire du Code, cet engagement devait être appuyé d'une hypothèque, dont la constitution était entourée de formalités multiples qui la rendaient presque impossible en fait. La loi de 1865 a fait disparaître cette entrave à la liberté provisoire. Le tiers qui s'engage doit le déclarer au greffe, et, si le prévenu ne répond pas à l'invitation de se présen-

1. Faustin-Hélie, IV, 1997.
2. Exposé des motifs, p. 24.

ter, la caution devra fournir la somme fixée par le juge. Le cautionnement effectué en espèces doit être versé au receveur de l'enregistrement, qui en donne un reçu (article 121 Inst. cr.).

Si le prévenu se présente à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement, la caution est déchargée, même si l'inculpé est insolvable (article 122[1]). Le cautionnement, en effet, dans ce cas, ne garantit pas les amendes que pourra encourir le prévenu, et les frais résultant du procès. Si l'inculpé, après s'être présenté quand c'était nécessaire, s'est mis à la disposition de la justice pour le jugement, il doit être donné mainlevée du cautionnement. La mainlevée subsisterait, si, par la suite, le condamné parvenait à s'évader.

Qu'arrivera-t-il maintenant si l'inculpé ne se présente pas? Pour mettre fin aux difficultés que faisait naître la question sous l'ancienne législation, la loi nouvelle, dans cette hypothèse, a divisé le cautionnement en deux parties. La première est acquise à l'État, dès l'instant que le prévenu, sans motifs légitimes d'excuse, est constitué en défaut de se présenter quand il en est requis. Néanmoins, en cas de renvoi des poursuites, d'absolution ou d'acquittement, le jugement ou l'arrêt pourra ordonner la restitution de cette partie du cautionnement.

La première partie du cautionnement garantit donc la représentation du prévenu à tous les actes de la

1. Arrêt de la Cour de Lyon, du 25 août 1812.

procédure et pour l'exécution du jugement [1]. La deuxième assure le paiement des frais par la partie publique, de ceux avancés par la partie civile, des amendes.

Dans le cas où la première portion du cautionnement est acquise à l'État, la remise de la peine accordée par voie de grâce au condamné serait sans aucune influence sur cette attribution. La circulaire ministérielle du 14 octobre 1865 qui contient cette décision, n'est qu'une application du principe établi par la loi du 22 frimaire an VII.

Cette solution s'appliquerait également au condamné qui aurait prescrit sa peine : l'article 122 instruction criminelle ne permettrait pas d'admettre une opinion contraire.

En ce qui concerne la deuxième partie du cautionnement, une distinction est nécessaire. Elle est d'ailleurs contenue dans l'article 123, qui nous donne la solution. En cas d'acquittement, d'absolution ou de renvoi des poursuites, cette portion est toujours restituée. Si l'inculpé est condamné, elle est affectée aux frais et à l'amende, dans l'ordre énoncé par l'article 114 du Code d'instruction criminelle. Le surplus, s'il y en a, est rendu à la personne qui s'est engagée.

Nous avons vu que, si le cautionnement est repré-

1. Un prévenu mis en liberté provisoire sous caution se présente devant le tribunal correctionnel pour demander un délai. Le délai refusé, il déclare faire défaut et se retire. A-t-il comparu? Non, dit la cour ; car la « comparution » ne peut s'entendre qu'autant qu'on s'est présenté pour contredire un débat, ce qui n'a pas eu lieu dans l'espèce. **(Cassation, 1er février 1867 ; Dalloz, 67, I, 191).**

senté par une somme d'argent, il a été versé entre les mains du receveur de l'enregistrement (article 121 § 1). L'article 124 § 2 nous indique les formalités à remplir si les espèces n'ont point été déposées : l'administration les recueille par voie de contrainte. La caution poursuivie ne pourrait point, aux termes de l'article 2042 du Code civil, demander la discussion du débiteur principal, du prévenu dans notre hypothèse. La caisse des dépôts et consignations est chargée de faire sans délai aux ayants-droit la distribution des sommes déposées ou recouvrées (article 124 § 3). Le prévenu qui prétend droit à la restitution doit présenter un extrait de la décision qui l'acquitte, l'absout, ou le renvoie de la poursuite.

A qui doit être adressée la demande de l'inculpé réclamant sa mise en liberté provisoire ? D'après les dispositions de la loi du 12 juillet 1856, relatives à l'article 114 ancien, il était de règle que la requête devait être approuvée par le juge d'instruction. Mais qu'arrivait-il lorsque ce magistrat s'était dessaisi, lorsqu'il avait rendu son ordonnance ? La loi était muette sur ce point, mais la jurisprudence avait admis une pratique qu'à consacrée le législateur de 1865, et qu'il a écrite dans l'article 116 nouveau : « La mise en liberté provisoire peut être demandée, en tout état de cause, à la chambre d'accusation, depuis l'ordonnance du juge d'instruction jusqu'à l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises, au tribunal correctionnel si l'affaire y a été renvoyée, à la cour d'appel si appel a été interjeté du jugement sur le fond. »

Dans tous le cas de l'article 421 instruction criminelle, le condamné qui voudra se pourvoir adressera sa demande de mise en liberté à la juridiction qui aura prononcé la peine (article 116 § 2).

Cette disposition est peut-être regrettable. La législation, avec ce système, ne reposera jamais sur des bases certaines. La situation du prévenu sera toujours diversement appréciée, et il en résultera que souvent il sera privé d'une faveur que tendait à généraliser la loi de 1865. D'ailleurs, il est à remarquer que la liberté provisoire n'est que le corollaire, en quelque sorte, de la détention préventive. Or, la plupart du temps, c'est le juge d'instruction qui l'ordonnera, sauf, comme nous l'avons vu, dans les cas de flagrant délit. C'est donc lui qui est le plus à portée d'apprécier dans quelles circonstances il y a lieu de la faire cesser.

L'ordonnance de mise en liberté provisoire peut être attaquée par la voie de l'opposition ou de l'appel. Il n'en était point ainsi sous l'empire du Code ; la loi du 17 juillet 1856 avait accordé au ministère public, à la partie civile et à l'inculpé le droit d'opposition envers les ordonnances du juge d'instruction. Toutefois, elle avait omis d'indiquer la procédure à suivre dans cette hypothèse. La pratique avait autorisé les intéressés à se pourvoir en cassation contre les décisions relatives à la liberté provisoire.

L'article 119 instruction criminelle modifié par la loi du 14 juillet 1865 mentionne l'opposition ou l'appel. Il n'est pas question de recours en

cassation ; mais le silence de la loi n'a pas pour but d'exclure ce moyen, qui existait sous l'empire du Code. L'article 119 nous indique la durée du délai : l'opposition ou l'appel devra être formé dans les vingt-quatre heures qui courront, contre le ministère public, à compter du jour de l'ordonnance et du jugement, et contre l'inculpé ou la partie civile, à partir du jour de la notification. Quant au procureur général (article 125 § 7-8.), il pourra former son opposition dans le délai de 10 jours. En ce qui concerne l'appel de la décision du tribunal correctionnel, relative à la demande en liberté provisoire, il ne pourrait invoquer le délai plus long que lui accorde l'article 205 du Code d'instruction criminelle ; car la loi ne le dit pas, de plus, son but est de ne pas retarder l'instruction.

Quant au délai du pourvoi, il est déterminé par l'article 373 Inst. crim., qui s'applique dans notre matière puisque l'article 119 déroge au principe.

Le délai court du jour du jugement contre la partie civile, si elle n'a pas fait élection de domicile.

L'article 119 § 2 nous indique les formalités à remplir dans l'espèce ; l'opposition ou l'appel sera consigné sur un registre tenu au greffe à cet effet.

Reste une question célèbre que fait naître le texte de l'article 116 Inst. crim. et qui a divisé la jurisprudence, il y a quelques années. Il arrive quelquefois qu'un accusé traduit en cour d'assises est

renvoyé à une autre session. Or, en province, les sessions n'ont lieu que tous les trois mois. Le prévenu, qui a déjà subi peut-être une longue prévention, devra-t-il rester sous les verrous pendant tout ce laps de temps ; en d'autres termes, lorsqu'une affaire est renvoyée à une autre session, la cour d'assises, sur la demande de l'inculpé, pourra-t-elle le mettre en liberté provisoire ? La cour d'assises de l'Aveyron, le 11 mars 1871, et la cour d'assises de la Somme, le 15 janvier 1872, ont répondu par l'affirmative.

Jetons un coup d'œil sur les raisons qui ont motivé l'arrêt de cette dernière. La cour de la Somme a d'abord invoqué la généralité des termes de l'article 116 Inst. crim. *in principio* : « La mise en liberté provisoire peut être réclamée en tout état de cause. »

L'article 116 fait remarquer cette théorie, contient ensuite une énumération purement énonciative ; elle n'a d'autre but que de renseigner le prévenu sur la juridiction qui pourrait ordonner son élargissement. Le texte indique la procédure à suivre et, par les mots « en tout état de cause », donne clairement à entendre que la personne incriminée, pour obtenir la liberté provisoire, peut s'adresser à la chambre des mises en accusation, si elle est saisie de l'affaire ; au tribunal correctionnel, lorsqu'il est compétent ; à la cour d'appel, s'il y a lieu, et partant à la cour d'assises, si le fait rentre dans la catégorie de ceux sur lesquels le jury est appelé à prononcer. La loi, à la vérité, ne parle pas de la cour d'assises, et ne

donne à la chambre des mises en accusation le droit d'accéder à la requête du prévenu, que depuis l'ordonnance du juge d'instruction jusqu'à l'arrêt de renvoi. Mais cette disposition n'est que la reconnaissance d'un droit qui appartient à la chambre des mises en accusation,dans la période pendant laquelle elle est saisie de l'affaire. Le texte n'a pas pour but de fixer une limite au delà de laquelle la liberté provisoire ne peut plus être accordée. Le principe qui domine toute cette matière et qui est écrit en tête de l'article 116 Inst. crim., est toujours que la mise en liberté provisoire peut être demandée devant toute juridiction.

Comment admettre que le tribunal correctionnel et la cour d'appel aient un droit que la loi aurait refusé à la cour d'assises? N'y a-t-il point parité de situation ? Sur quel motif s'appuyer pour établir une pareille distinction entre les affaires correctionnelles et les affaires criminelles? Quelle disposition législative consacre cette différence ?

La cour d'assises de la Somme, enfin, tirait un argument, qui paraît très concluant, de l'article 121 *in fine*, Inst. crim. : « Préalablement à la mise en liberté avec ou sans cautionnement, le demandeur devra, par acte reçu au greffe, élire domicile,s'il est inculpé, dans le lieu où siège le juge d'instruction ; s'il est prévenu ou accusé, dans celui où siège la juridiction saisie du fond de l'affaire. » Il en résulte que tout inculpé, tout prévenu, tout accusé peut bénéficier de la faveur accordée par la loi. Or, ces expressions qui, dans le langage ordinaire, sont considé-

rées comme synonymes, ont en droit un sens bien différent. L'inculpé est l'individu simplement arrêté ; le prévenu est celui qui est traduit devant le tribunal de police correctionnelle, ou dont la chambre des mises en accusation instruit le procès ; l'accusé est celui qui, placé sous le coup d'un arrêt de renvoi, n'attend plus que sa comparution devant la cour d'assises. Que résulte-t-il de là, étant donnée la généralité des termes de l'article 116? Que la cour d'assises peut ordonner la mise en liberté provisoire de l'accusé.

Tel est le système qui fut adopté en 1872 par la cour d'assises de la Somme. Il n'a pas triomphé, malgré ses tendances humanitaires, et la cour de cassation l'a rejeté par un arrêt du 1er juillet 1872, annulant la décision de la cour de la Somme.

Certes, dit la Cour suprême, il est évident que l'article 116 contient dans son *principium* une règle générale; mais cette règle souffre elle-même une exception qui est écrite dans l'article 126 : « L'inculpé renvoyé devant la cour d'assises sera mis en état d'arrestation, en vertu de l'ordonnance de prise de corps contenue dans l'arrêt de la chambre des mises en accusation, nonobstant la mise en liberté provisoire. » La liberté provisoire peut être demandée en tout état de cause, mais pas au delà d'une certaine limite. A partir de l'arrêt de renvoi, l'accusé doit nécessairement être incarcéré s'il n'est pas encore sous les verrous ; s'il est détenu, il ne peut être relaxé avant l'arrêt qui prononcera sur son sort.

La Cour de cassation s'appuie ensuite sur les tra-

vaux préparatoires. Il en résulte qu'il n'est pas bon que l'individu accusé d'un crime reste en liberté, jusqu'à la décision qui reconnaîtra son innocence ou le bien fondé de la poursuite. « Qu'un accusé de crime, disait le rapporteur de la commission au Corps législatif, demeure en liberté sous caution, tant que la présomption d'innocence le protège, à la bonne heure! Mais l'arrêt qui le renvoie devant la cour d'assises crée contre lui un préjugé grave. La conscience publique s'étonnerait d'une liberté prolongée jusqu'au jugement : son terme naturel, comme dit l'exposé des motifs, c'est l'ordonnance de prise de corps contenue dans l'arrêt de renvoi, c'est-à-dire l'arrestation intervenue à l'heure où la crainte d'une condamnation pourrait conseiller la fuite. »

L'article 116 ne parle pas de la cour d'assises, et ce n'est pas sans motif, continue la Cour de cassation. Si le tribunal correctionnel et la cour d'appel peuvent ordonner la mise en liberté provisoire, c'est que cette mesure, en matière de délits, ne peut entraîner des conséquences aussi graves que lorsqu'il s'agit d'un crime. L'énumération du texte est limitative, et le silence de la loi démontre bien l'incompétence de la cour d'assises dans la question proposée.

De l'article 115 § 2 Instr. crim., il résulte que le juge qui a prononcé la mise en liberté peut seul y faire échec et la retirer. Or, la cour d'assises n'existe qu'à certaines époques. Qu'arrivera-t-il si les circonstances prouvent que la faveur accordée à l'accusé doit lui être enlevée? Quelle juridiction fera cesser la liberté provisoire? La mise en liberté provisoire serait

dans ce cas irrévocable, ce qui est contraire aux principes et au but de cette institution.

Quant à la gradation établie par l'article 126 Inst. cr., la Cour de cassation en fait bon marché. Elle est particulière, dit-elle, au cas où l'accusé, sous le coup de l'arrêt de renvoi, se pourvoit contre la décision de la chambre des mises en accusation. Le pourvoi suspendant l'exécution de l'arrêt, c'est à la juridiction qui l'a prononcé de statuer sur la demande en liberté provisoire. Cette disposition ne peut entraîner la compétence de la cour d'assises sur une question qu'elle n'a pas pour mission de trancher. La disposition de l'article 121 Instr. crim. n'infirme en rien le principe : elle doit, d'ailleurs, céder devant la règle générale déposée dans l'article 126 Inst. crim.

Tel est le système de la jurisprudence de la Cour de cassation, et tels sont les motifs qu'elle invoque.

Quant à nous, s'il nous est permis d'émettre une opinion en cette matière délicate, nous ne pouvons nous dissimuler que la doctrine de la Cour suprême entraîne des conséquences singulièrement graves. L'accusé, peut-être, a déjà subi une longue détention, et voilà qu'au dernier moment, un fait indépendant de sa volonté, l'absence d'un témoin dont la présence est indispensable, par exemple, va lui infliger une nouvelle incarcération de trois mois. La prison préalable n'est point une peine, objectera-t-on ? — Peut-être ; mais, dans tous les cas, il est impossible de nier que c'est une mesure très rigoureuse, dont les funestes résultats porteront de graves préjudices à l'inculpé. La plupart du temps

même, il ne sera pas seul en cause ; car, s'il fait partie des gens qui, pour vivre, sont obligés de compter sur le travail de chaque jour, et s'il est chef de famille, il plongera dans la misère, par son abstention forcée, ceux qui avec lui attendent, à la fin de la journée, la modique somme destinée à subvenir à leurs besoins du lendemain. Qui portera secours à cette famille que la société a privée de son soutien ? La charité privée, sans doute ; mais le pourra-t-elle toujours ?...

Sans nous étendre plus longtemps sur des considérations d'ordre moral, qui trouveront leur place plus loin, et sans exposer plus longuement la situation déplorable du prévenu et des siens, reconnaissons que la liberté provisoire est une faveur dont la généralisation ne peut que produire d'excellents effets. Et qu'on ne nous dise pas que notre allégation est une conjecture : l'exactitude de notre assertion est démontrée par les résultats que nous observons chez les nations voisines, qui, plus libérales que nous, tiennent à accorder le plus souvent possible la liberté provisoire.

Et, si nous revenons à la disposition du texte, nous ne pouvons nous empêcher de remarquer que le législateur, en écrivant l'article 126 Inst. crim., n'a pas prévu la question. Il n'a tranché qu'un point, à savoir que l'accusé traduit devant la cour d'assises par la chambre des mises en accusation sera privé de liberté. Quant à celui renvoyé à la session prochaine, il n'en est fait nulle mention. Sans doute, si l'on interprète judaïquement le texte,

comme le fait la cour de cassation, on sera porté à reconnaître que, dans ce dernier cas, la situation est identique ; en droit, peut-être oui, mais en fait en est-il de même ? L'accusé est-il responsable de l'évènement qui fait reculer l'affaire ? Non, certes ; alors, pourquoi le garder sous les verrous et lui faire subir les conséquences d'un fait qui ne lui est nullement imputable ? L'article 126 Inst. crim., nous le répétons, n'a trait qu'au cas où l'accusé est sous le coup de l'arrêt de renvoi. La détention, dans ce cas, est la règle, parce que, dans l'esprit du législateur, elle ne doit point être de longue durée, parce que la session d'assises qui connaîtra de l'affaire s'ouvrira à brève échéance, parce qu'enfin l'arrêt de renvoi ne peut être rendu plus de trois mois avant son exécution. — On objectera que, si l'accusé fait des préparatifs de fuite, la cour d'assises qui l'a mis en liberté provisoire sera impuissante à lui retirer cette faveur, puisqu'elle n'existe plus ; mais, qui empêcherait le juge d'instruction, ou la chambre des mises en accusation, de faire immédiatement arrêter l'individu abusant du bénéfice qu'on lui a concédé ? La situation du prévenu n'est-elle pas alors sensiblement la même que pendant l'information ?

Concluons donc que, si le texte de l'article 126 du Code d'instruction criminelle paraît s'opposer à ce que la cour d'assises rende à la liberté l'accusé renvoyé à la session prochaine, de graves motifs d'humanité, la tendance libérale de la loi de 1865 et les arguments donnés par la cour de la Somme militent

puissamment en faveur de la théorie que nous proposons. L'article 107 du nouveau projet de Code d'instruction criminelle confirme cette doctrine, à laquelle semble vouloir se rallier le législateur de notre époque [1].

SECTION IV

CESSATION DE LA LIBERTÉ PROVISOIRE

La liberté provisoire prend fin lorsque des circonstances nouvelles et graves exigent qu'on retire à l'accusé la faveur qui lui a été accordée. Le juge d'instruction, qui peut ordonner la mise en liberté provisoire, peut également la faire cesser pour les raisons que nous venons de mentionner, et qui sont indiquées par l'article 115 Ins. crim. Le but de cette disposition est facile à saisir. Si le prévenu profite du bénéfice de la loi pour essayer de se soustraire à la décision qui l'attend, il est tout naturel que le juge s'oppose à sa

1. Article 107 du Projet : La juridiction compétente pour accorder la liberté provisoire est celle qui est saisie de la procédure, au moment où la requête est présentée. Dans le cas où le juge d'instruction n'a pas ordonné la mise en liberté provisoire, elle peut être accordée sur requête adressée à la chambre du conseil, depuis le mandat d'amener jusqu'à l'ordonnance qui dessaisit le juge d'instruction ; au tribunal correctionnel, depuis l'ordonnance de renvoi jusqu'au jugement ; à la chambre des appels correctionnels, depuis l'appel jusqu'à l'arrêt ; à la chambre des mises en accusation, depuis l'ordonnance de renvoi jusqu'à la notification de l'arrêt et de l'acte d'accusation ; à la cour d'assises, depuis cette notification. Néanmoins, si la cour d'assises n'était pas en session, la chambre d'accusation demeurerait compétente pour statuer. Lorsque le condamné, pour rendre son pourvoi admissible, conformément à l'article 421 Inst. crim., veut réclamer sa mise en liberté, il porte sa demande devant la cour ou devant le tribunal qui a prononcé le jugement. »

fuite. Il ressort des termes du texte et des principes de la matière, que le magistrat doit d'abord lancer un mandat d'amener contre le prévenu, puis l'interroger, et enfin, décerner contre lui un mandat de dépôt ou d'arrêt s'il y a lieu. S'il en était autrement, la garantie accordée par la loi serait la plupart du temps illusoire. Il peut fort bien se faire, en effet, que le prévenu fasse tomber les charges nouvelles qui semblent l'accabler ; il peut fort bien arriver qu'il fournisse des explications suffisantes et parvienne à se disculper. Pourquoi alors lui enlever une faveur qu'il n'a pas cessé de mériter ? D'ailleurs, l'ordonnance de mise en liberté provisoire constitue pour lui une situation acquise. Le juge évidemment pourra toujours y mettre un terme, mais sur des motifs graves ; et ces motifs, il ne pourra les apprécier d'une manière impartiale qu'après l'interrogatoire. Certains auteurs voudraient que le mandat d'amener contînt la mention motivée de la révocation de la liberté provisoire ; la loi cependant ne renferme pas cette exigence.

Il est bien évident que, si l'inculpé était en fuite, on pourrait *de plano* décerner contre lui un mandat d'arrêt : c'est le droit commun.

En principe, c'est au juge d'instruction qu'appartient le droit de révoquer la liberté provisoire. Il peut arriver cependant que la chambre des mises en accusation soit compétente en cette matière. « Toutefois, dit l'art. 115 § 2 Ins. crim., si la liberté provisoire avait été accordée par la chambre des mises en accusation, réformant l'ordonnance du juge d'instruction, le juge d'instruction ne pourrait décerner un nouveau

mandat qu'autant que la cour, sur les réquisitions du ministère public, aurait retiré à l'inculpé le bénéfice de la décision. » Cette sage disposition est une garantie pour le prévenu. Sans elle, le juge d'instruction aurait pu rendre inefficace l'arrêt de la chambre annulant sa décision, contraire à la demande du prévenu. Il n'aurait eu pour cela qu'à lancer un nouveau mandat contre l'intéressé. Toute juridiction qui a ordonné la liberté provisoire peut la faire cesser (articles 116 et 125 Ins. crim.).

La liberté provisoire prend fin aussi dans le cas de l'article 125 : « Si, après avoir obtenu la mise en liberté, l'inculpé cité ou ajourné ne comparaît pas, le juge d'instruction, le tribunal ou la cour, selon les cas, pourront décerner contre lui un mandat d'arrêt ou de dépôt, ou une ordonnance de prise de corps.» Il est à remarquer que cette disposition ne parle pas du mandat d'amener. Ce silence est significatif : il indique sans ambiguïté qu'on peut dans ce cas faire incarcérer, sans préambule, le prévenu qui ne comparaît pas. La loi a fait droit à sa requête, sous la condition qu'il se présenterait quand il en serait requis; il manque à son engagement, il est en faute : le législateur se montre plus sévère à son égard.

L'ordonnance de renvoi devant la cour d'assises, rendue par la chambre des mises en accusation, fait également cesser la liberté provisoire. L'exposé des motifs contient de bonnes raisons pour expliquer cette disposition. On ne peut se dissimuler que de graves soupçons accablent l'accusé qui est sous le

coup d'un arrêt de renvoi ; mais, d'un autre côté, que d'inconvénients ! Nous n'en citerons qu'un, mais il est considérable. L'ordonnance de la chambre des mises en accusation mettant fin à la liberté provisoire, peut avoir pour effet d'entraîner contre l'inculpé une détention de trois mois. N'est-ce point une exagération ? Il était pourtant facile d'atténuer la rigueur de cette mesure. Qui empêcherait, par exemple, que l'ordonnance de prise de corps produisît effet seulement quelques jours avant l'ouverture de la session d'assises ? Les considérations émises par l'exposé des motifs seraient respectées ; la société ne serait pas plus en danger qu'avec la théorie de l'article 126 Instr. crim. N'aurait-on pas, en effet, la ressource de faire surveiller le prévenu par la police, et comme moyen extrême l'extradition, si l'inculpé, trompant toute vigilance, parvenait à s'enfuir. Ce système a été proposé, mais on ne l'a pas admis.

Enfin, le jugement ou l'arrêt définitif sur la prévention met un terme à la liberté provisoire.

Sous l'empire du Code d'instruction criminelle, le prévenu acquitté par jugement restait sous les verrous, pendant les dix jours accordés au ministère public pour notifier son appel. Cette disposition inique fut restreinte par la loi de révision du 28 avril 1832 : le délai fut réduit à trois jours. Pour n'être pas aussi grande, l'injustice n'en subsistait pas moins dans la législation. Aussi la loi de 1865 fit droit aux réclamations que soulevait de toutes parts l'application de la théorie admise en 1832, et déposa, dans l'article 206 Inst. crim., une règle nouvelle : « En cas d'acquitte-

ment, le prévenu sera immédiatement, et nonobstant appel, mis en liberté. » Le texte s'appliquera par analogie de motifs, lorsque l'inculpé sera acquitté par la cour d'appel. Il devra, dans ce cas, être immédiatement rendu à la liberté, nonobstant le pourvoi du ministère public ou de la partie civile. La loi n'a pas prévu ce cas ; mais la solution que nous proposons ressort, il nous semble, clairement des considérations qui ont dicté l'article 206 Instr. crim. Le texte ne parle que de l'acquittement du prévenu: on ne peut donc en étendre l'application au cas de condamnation. Les motifs invoqués plus haut ne pourraient plus l'être dans cette hypothèse. Il faut en conclure que si l'inculpé est, par jugement, reconnu coupable, il ne pourra bénéficier de la disposition de l'article 206 Instr. crim.

CHAPITRE VIII

LA DÉTENTION PRÉVENTIVE A L'ÉTRANGER

Après avoir étudié la détention préventive chez nous, examinons cette institution chez quelques-uns des peuples voisins. La comparaison de nos lois criminelles avec les législations étrangères pourra faire naître des idées qui nous aideront à combler les lacunes de notre Code en cette matière.

EN BELGIQUE

De toutes les nations européennes, la Belgique est celle dont la législation est arrivée au plus haut degré de perfection que puissent atteindre, il nous semble, les institutions humaines. La loi civile aussi bien que le Code d'instruction criminelle, sur bien des points, sont supérieurs à nos lois ; et, en ce qui concerne la détention préventive, nous allons être obligés de constater une fois de plus que, pour arriver au but où en sont nos voisins, il nous reste encore un long trajet à parcourir.

L'incarcération provisoire est organisée en Belgique par la loi du 20 avril 1874 ; jusqu'en 1852, on y avait suivi les règles de notre Code de 1808. On en reconnut bientôt les imperfections et les lacunes, et en 1852, on essaya de faire disparaître les premières et de combler les secondes. Le système

adopté subsista vingt-deux ans ; il fut complété en 1874. Mais, avant d'étudier la dernière forme de la législation criminelle en Belgique, disons un mot de la loi du 18 février 1852.

Le législateur belge de 1852 maintenait le mandat de dépôt et le mandat d'arrêt, qu'il distinguait soigneusement. On n'avait recours à ce dernier que lorsqu'il s'agissait d'un crime entraînant la mort ou une peine perpétuelle. Si le fait incriminé était passible des travaux forcés à temps, de la réclusion ou de la prison, on devait employer le mandat de dépôt. En pratique, on ne soumettait point à la détention préventive l'individu accusé d'un délit, quand il avait un domicile certain. Le mandat de dépôt ne devait produire effet que pendant cinq jours. Quant au mandat d'arrêt, la loi lui avait conservé son caractère d'irrévocabilité.

La liberté provisoire était maintenue, ses conditions même étaient adoucies : ainsi le prévenu pouvait l'obtenir sur sa simple promesse de se présenter à toute réquisition du juge. Elle était possible toutes les fois que la peine encourue n'avait qu'une durée temporaire. La loi supprimait le minimum du cautionnement exigé jusque-là ; l'interdiction de communiquer était également conservée. Elle ne devait point excéder dix jours, mais pouvait être prononcée à nouveau ; la chambre du conseil avait la faculté de la faire cesser. Le système de 1852 contenait donc de grandes améliorations. Le législateur belge, toutefois, ne l'a pas trouvé suffisant,

et la loi de 1874 lui a fait subir des modifications encore plus libérales.

La loi nouvelle a fait droit à des réclamations qui depuis longtemps se faisaient entendre. Considérant à juste titre que le mandat d'arrêt et le mandat de dépôt faisaient double emploi, elle a supprimé ce dernier.

Toutes les fois qu'il s'agit d'une infraction dont la répression n'aboutit pas à plus de trois mois d'emprisonnement, la détention préventive ne peut être prononcée. Innovation excellente ; car, pour un simple délit, il est regrettable de voir, ainsi qu'il arrive parfois en France, l'incarcération préalable durer plus longtemps que la peine encourue. La liberté provisoire est sans danger dans cette hypothèse, et elle devrait être la règle chez nous, comme elle l'est en Belgique.

Si l'infraction est plus grave, si elle entraîne plus de trois mois d'emprisonnement, la loi établit plusieurs distinctions qui nous paraissent très rationnelles, suivant que le fait incriminé est passible d'une peine inférieure ou supérieure à 15 ans de travaux forcés.

Dans le premier cas, la liberté provisoire est encore de droit pour le prévenu qui a un domicile certain. La détention préventive est l'exception : elle ne peut être ordonnée que si l'intérêt social l'exige, et dans des circonstances graves. Et, afin de diminuer l'arbitraire de cette disposition, la loi ordonne que le mandat d'arrêt soit motivé, et indique minutieusement les raisons qui le font

décerner. Si l'inculpé est un vagabond, s'il n'a pas de domicile, le juge a un pouvoir discrétionnaire complet ; il peut à son gré arrêter ou laisser en liberté le prévenu. L'appréciation des circonstances et des conditions de l'infraction lui dictera la conduite à tenir. La loi sur ce point s'en rapporte aux lumières du magistrat : lui seul, en effet, peut savoir si l'inculpé offre des garanties suffisantes de sa comparution.

Si, au contraire, la peine encourue dépasse 15 ans de travaux forcés, la détention préventive doit être ordonnée : la liberté provisoire n'est plus que l'exception. L'inculpé peut encore être laissé en liberté ; mais la loi veut dans ce cas une garantie de plus, l'avis conforme du procureur du roi. On ne saurait trop remarquer les précautions minutieuses dont est entourée la liberté individuelle, et la crainte que l'on a des erreurs judiciaires. L'article 4 dispose : « Le mandat d'arrêt ne sera pas maintenu, si, dans les cinq jours de l'interrogatoire, il n'est pas confirmé par la chambre du conseil sur le rapport du juge d'instruction, le procureur du roi et l'inculpé entendus. » Le décret de prise de corps n'a donc plus qu'un caractère provisoire. En ordonnant la comparution de l'accusé devant la chambre du conseil, la loi lui accorde une garantie sérieuse qui exclut l'arbitraire. L'inculpé pourra se défendre [1], et les explications qu'il fournira, trouvées insuffisantes par le magistrat, pourront paraître plausibles à la cham-

1. Il peut être assisté d'un avocat.

bre du conseil. En tout cas, si la détention préventive est prononcée, ce ne sera qu'à bon escient. La loi de plus ne veut pas que l'incarcération provisoire soit de trop longue durée. On lit dans l'article 5 : « Si l'instruction n'est pas terminée dans le mois qui suit le jour de l'interrogatoire, l'inculpé sera mis en liberté, à moins que la chambre, par ordonnance motivée rendue à l'unanimité, le procureur du roi et l'inculpé ou son avocat entendus, ne déclare que l'intérêt public exige le maintien de la détention. Il en sera ainsi de mois en mois, si la chambre du conseil n'a pas statué sur la prévention du nouveau mois. » La mise au secret est maintenue par la loi de 1874 ; mais sa durée est limitée à trois jours, elle ne peut être renouvelée.

La liberté provisoire peut être demandée en toute matière et en tout état de cause. Le juge d'instruction a le pouvoir de faire cesser l'effet du mandat d'arrêt ; mais il doit pour cela requérir l'avis conforme du procureur du roi, et obtenir de l'intéressé la promesse de se présenter à tous les actes de la procédure (article 6).

L'inculpé remis en liberté peut être arrêté de nouveau, si des circonstances nouvelles et graves rendent cette mesure nécessaire. La détention préventive peut alors être ordonnée par le juge d'instruction, la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation.

La chambre du conseil, reconnaissant que le fait incriminé est de la compétence de la cour d'assises, a la faculté de faire incarcérer le prévenu (article 9

1°). L'ordonnance de renvoi rendue par la chambre des mises en accusation n'entraîne pas nécessairement, comme chez nous, la détention préventive.

La liberté provisoire peut être accordée sous caution. La loi belge, moins rigoureuse que la nôtre, considère que le cautionnement ne garantit que la présence de l'inculpé à tous les actes de l'instruction et pour l'exécution du jugement, aussitôt qu'il en sera requis. Le cautionnement doit toujours consister en une somme d'argent ; il peut être fourni par un tiers. La loi, accordant la liberté provisoire, prend des précautions pour qu'on n'abuse pas de cette faveur : elle exige que l'intéressé fasse, en même temps que sa demande, élection de domicile au greffe du tribunal saisi de l'affaire.

Si le prévenu est acquitté ou renvoyé de la poursuite pour défaut de preuves, il doit rentrer en possession de la somme versée ; le juge est obligé de la lui restituer. La loi, par cette disposition, a voulu empêcher l'arbitraire et protéger l'inculpé contre le danger toujours éventuel des erreurs judiciaires.

L'appel est possible pour le prévenu et le ministère public. Il doit être formé dans le délai de vingt-quatre heures, courant à partir de la décision pour le procureur, et de la notification de l'ordonnance pour l'inculpé. L'appel se fait par une mention au greffe du tribunal, sur un registre à ce destiné. Il est porté devant la chambre des mises en accusation, qui prononce sans retard, après avoir entendu l'intéressé et le ministère public.

Le prévenu acquitté est aussitôt remis en liberté.

Il en est ainsi, même quand l'appel est formé. En cas de condamnation, l'appel met obstacle à l'incarcération immédiate de l'accusé, si la peine méritée ne dépasse pas 6 mois d'emprisonnement. Dans le cas contraire, le tribunal peut, si l'appel est porté, ordonner de suite l'arrestation du condamné dont on a lieu de craindre la fuite.

Telles sont les dispositions de la loi de 1874, relativement à la détention préventive. Le législateur belge, on le voit, a su concilier l'intérêt social, à la protection duquel il doit veiller, avec l'intérêt de la défense qu'il importe également de garantir. Il n'a pas méconnu l'utilité incontestable de cette institution et les avantages considérables qu'elle procure à la justice répressive ; mais il s'est souvenu, d'autre part, que l'arrestation avant jugement est une injustice nécessaire, et qu'après tout, le prévenu est un innocent jusqu'à preuve du contraire. Il a sagement agi, pensons-nous, en ne l'autorisant que lorsqu'elle est indispensable à la poursuite des infractions.

EN SUISSE

La Suisse étant divisée en plusieurs cantons qui n'obéissent pas tous à une règle uniforme, nous allons passer en revue l'organisation de la détention préventive, dans quelques-unes de ses principales circonscriptions.

CANTON DE GENÈVE

Le canton de Genève, depuis bien longtemps, professe un respect profond pour la liberté individuelle. Au XIV^e^ siècle, alors que la plupart des nations européennes pratiquaient la procédure inquisitoriale, dont l'incarcération provisoire et l'information secrète étaient les principaux caractères, la détention préventive n'était, à Genève, que l'exception. La mise en liberté avant jugement était la règle ; il n'en était autrement que dans les cas de flagrant délit. Une ordonnance de 1538 modifia cette législation excellente et refoula les tendances libérales du peuple, qui tenait tant à son indépendance ; la procédure devint secrète et les droits de la défense furent singulièrement restreints. Ces dispositions excessives durèrent cependant deux siècles. Il était réservé à la plume éloquente d'un philosophe français d'y porter les premières atteintes. Les écrits de Jean-Jacques Rousseau produisirent, à ce point de vue, un heureux résultat. Leur influence apporta un adoucissement à la législation en 1768. L'impulsion donnée ne fit que s'accentuer, et, à la fin du XVIII^e^ siècle, on reconnut à l'inculpé de sérieuses garanties. L'arrestation provisoire n'était pas possible, quand il s'agissait de délits de peu d'importance et de contraventions. On pouvait l'ordonner quand l'infraction commise était de nature à entraîner une peine de plus d'un mois d'emprisonnement ; et encore fallait-il que,

dans un délai de huit jours, le prévenu fût amené devant une assemblée de treize notables, qui décidait si la détention préventive devait continuer.

Survint l'invasion française, qui implanta notre Code à Genève, où il subsista jusqu'en 1849. A cette époque, fut promulguée une loi qui contenait d'excellentes innovations, consacrées par le nouveau Code pénal du 1er janvier 1885. La loi genévoise reconnaît le mandat de comparution et le mandat d'amener. Le juge peut, à son choix, décerner le premier ou le second; il s'en tient généralement au mandat de comparution, lorsque le prévenu a un domicile certain et qu'il s'agit d'un délit. Si l'individu désigné n'obéit pas à la première injonction du magistrat, et s'il s'agit d'un crime, on a recours au mandat d'amener. La personne arrêtée en vertu de ce dernier mandat doit être conduite en prison.

Tout particulier peut mettre la main sur l'auteur d'une infraction pris sur le fait. Il est bien évident que ce droit appartient *a fortiori* aux fonctionnaires et magistrats chargés de l'administration de la justice et de la répression des délits. Hors le cas de flagrant délit, le juge d'instruction, le conseiller d'État qui fait fonction de ministre de la justice et le directeur de la police centrale ont seuls le droit de lancer un mandat d'amener. Vingt-quatre heures après l'arrestation, l'effet du mandat expire; le magistrat doit alors remettre en liberté le prévenu, ou décerner contre lui un mandat d'arrêt. La durée de ce dernier est également limitée: elle ne peut excéder dix jours.

La détention préventive, cependant, subsiste quel-

quefois plus longtemps; mais c'est à la chambre d'instruction, et non au juge seul, d'en ordonner la prolongation: elle délivre alors un mandat de dépôt. Enfin, la loi genévoise a entouré tous les mandats des garanties et précautions que notre loi admet seulement pour le mandat d'arrêt. Tout ordre d'arrestation doit indiquer l'énonciation du fait qui le motive et la disposition de la loi qui le punit. Cette dernière formalité, cependant, n'est pas impérieusement exigée pour les mandats de comparution et d'amener.

Le juge n'a donc qu'un pouvoir limité; sa mission est, en quelque sorte, placée sous le contrôle de la chambre d'instruction: il n'est compétent que jusqu'à une certaine limite. Ainsi, il peut ordonner l'interdiction de communiquer, mais pas pour plus de huit jours. Autrement, si cette mesure est nécessaire pendant une plus longue période de temps, c'est encore comme pour la prolongation de l'effet du mandat d'arrêt, la chambre doit approuver l'ordonnance du juge.

Il est à remarquer que la loi genévoise consacre d'une manière formelle la liberté de la défense, en reconnaissant au prévenu le droit de choisir un avocat vingt-quatre heures après l'arrestation. Cette disposition est une garantie sérieuse: on ne peut que louer nos voisins de l'avoir adoptée. Pourquoi ne la trouve-t-on pas chez nous?

La liberté provisoire est de droit lorsque le fait incriminé n'est qu'un délit. Toutefois, elle peut être refusée au prévenu récidiviste ou qui a précédemment abusé de cette faveur. Dans tous les cas, elle est

facultative ; aussi le juge a le droit de l'accorder, alors même qu'il s'agit d'un crime. Dans ce cas, il peut la subordonner à l'existence d'un cautionnement. La caution consiste en une somme d'argent, en une garantie hypothécaire ou dans l'engagement de trois citoyens solvables. Si le cautionnement est versé en espèces, c'est à la chambre d'instruction d'en fixer le montant.

CANTON DE VAUD

Cette circonscription de la Suisse est régie par un code de procédure criminelle du 1er février 1850 et une loi du 17 mai 1875, sur la détention préventive. Cette législation est très libérale et semble ne vouloir user de l'incarcération provisoire que dans les cas très rares où il est impossible d'agir autrement. En plus des mandats reconnus par notre loi, elle admet le mandat d'avis, par lequel le juge porte à la connaissance d'un particulier une communication l'intéressant. Le mandat de dépôt a pour effet de faire écrouer une personne, mais pas au delà d'un certain délai. Le mandat d'arrêt emporte seul la détention préventive.

La liberté provisoire est possible en toute matière ; le juge peut l'accorder avec ou sans caution. Le prévenu n'est pas incarcéré, lorsque le magistrat estime qu'il ne s'enfuira pas, qu'il n'abusera pas de la faveur qu'on lui a concédée, que l'opinion publique n'en sera pas froissée et que l'instruction n'en sera pas retardée. La liberté provisoire dure jusqu'au ju-

gement; elle est de droit, en matière de contraventions simples et de délits de presse. Disposition très rationnelle et qu'il est désirable de voir s'introduire dans notre législation. La liberté provisoire peut être retirée, quand les motifs qui l'ont fait accorder viennent à disparaître.

Elle est quelquefois subordonnée à l'existence d'un cautionnement. Le cautionnement peut être effectué dans le versement d'une somme d'argent, dans le dépôt d'une créance ou l'obligation de fournir une certaine somme à une époque déterminée. L'article 86 du Code nous indique qu'il ne peut excéder 1,000 francs. Le cautionnement garantit le paiement des frais de justice, des amendes, d'une indemnité montant à 2 francs par jour, et représentant le dommage résultant de la détention. Si le chiffre du cautionnement n'était pas suffisant, on suivrait l'ordre indiqué pour le paiement des sommes qu'il sauvegarde.

Le cautionnement n'a plus d'effet, si le condamné parvient à s'enfuir de la prison où il a été écroué; il cesse également, si l'évasion ne se produit que 6 mois après le jugement définitif : il subsiste donc pendant 6 mois, lorsque l'exécution du jugement est retardée. Si le condamné est repris, le cautionnement est remboursé par l'État. En cas de condamnation définitive la caution est déchargée; elle demande sa libération au préfet.

Il est à remarquer que le code vaudois admet le principe de la réparation. Tout individu injustement arrêté, et plus tard relaxé faute de preuves, a droit à une réparation pour le préjudice qu'il a

subi. Il doit, à cet effet, adresser une requête au tribunal dans un délai de quinze jours, à partir du moment où son innocence est reconnue.

CANTON DE BERNE

La détention préventive est organisée dans cette partie de la Suisse par le Code de procédure pénale du 29 juin 1854. La liberté provisoire est la règle, toutes les fois qu'il s'agit de délits de presse ou de contraventions de simple police. Elle ne peut être refusée à l'inculpé domicilié dans le canton; elle est accordée à ceux qui ne sont pas domiciliés, s'ils donnent des garanties suffisantes de leur comparution en justice quand leur présence sera nécessaire, et à l'exécution du jugement. La loi a cru bon de prendre certaines précautions à l'égard de ces derniers : elle exige qu'ils fassent élection de domicile dans le canton, en un lieu où seront signifiés les différents actes de la procédure,

L'effet du mandat d'amener ne peut se prolonger au delà de quarante-huit heures. L'individu arrêté en vertu de ce mandat doit être interrogé sans aucun retard, si la chose est possible, au plus tard, dans les deux jours de son arrestation.

La liberté provisoire en matière criminelle est soumise à l'appréciation du juge d'instruction : elle est donc purement facultative. Le magistrat, cependant, est tenu de l'accorder toutes les fois qu'il estime pouvoir le faire sans inconvénients, et lorsqu'il n'y a pas lieu de craindre que l'inculpé

ne cherche, par la fuite, à se soustraire à l'exécution du jugement.

L'esprit de la loi est que la détention préventive ne se prolonge pas quand elle n'est plus nécessaire. Si le juge d'instruction, au cours de l'information, en reconnaît l'inutilité, il doit la faire cesser. Le prévenu peut toujours présenter une demande en liberté à la chambre d'accusation. Celle-ci prononce sans retard sur cette requête ; elle peut même d'office ordonner la mise en liberté provisoire, lorsque le juge n'a osé prendre sur lui de l'accorder, et que cependant l'inculpé peut être relaxé sans danger.

Le principe, dans le canton de de Berne, qui domine notre matière, est la liberté sous caution. Mais, en vertu du pouvoir discrétionnaire qui lui est confié, le juge d'instruction peut accéder à la requête du prévenu en le dispensant de fournir caution. Le principe de la réparation est admis par le code pénal du canton de Berne : il est écrit dans l'article 235 [1].

CANTON DE VALAIS

La détention préventive est régie par une loi de

1. Article 235 : Si le juge d'instruction estime qu'il n'y a ni crime ni délit, ni contravention ou qu'il n'existe aucun danger contre l'inculpé, il soumettra l'affaire au substitut du procureur général du ressort ; et, si ce magistrat est du même avis, il sera déclaré, par procès-verbal signé par le juge d'instruction et le procureur général, qu'il n'y a pas lieu à poursuivre, et si l'inculpé avait été arrêté, il sera mis en liberté. Il lui sera aussi, à sa demande, alloué des dommages-intérêts que le juge d'instruction liquidera immédiatement, sous réserve de recours à la chambre d'accusation. Les dommages-intérêts et les frais seront payés par le fisc.

1849. On reconnaît les mandats de comparution, d'amener et d'arrêt. Le mandat de comparution doit toujours être employé; il n'est remplacé par le mandat d'arrêt que s'il n'a produit aucun résultat, S'il s'agit d'un crime ou d'un vol punissable d'un emprisonnement correctionnel, on doit recourir au mandat d'amener.

C'est au président du tribunal qu'appartient le droit de décerner les mandats. Ils sont notifiés par un huissier, qui peut requérir la force publique. Dans les quarante-huit heures de l'arrestation d'un individu, le président du tribunal doit convoquer la chambre d'instruction et lui exposer le fait. La chambre se prononce pour la prolongation de la détention ou la mise en liberté. Le mandat de dépôt n'existe pas, la loi ayant considéré que, dans la presque totalité des cas, il fait double emploi avec le mandat d'arrêt. Ce dernier doit contenir l'énonciation du fait et la citation de la loi. Il a pour effet de constituer en état de détention : celui qui en est l'objet est mis sous les verrous.

La liberté provisoire est reconnue par la loi, mais d'une manière beaucoup moins large que dans certaines autres parties de la Suisse. Elle ne peut être obtenue par les inculpés de crime, les prévenus qui n'ont pas de domicile et les récidivistes; dans les autres cas, la liberté est facultative. Elle peut être accordée moyennant un cautionnement dont le maximum ne doit pas dépasser 3,000 francs. Il peut également consister dans l'engagement d'une personne solvable. La législation du canton du Valais est moins

sévère sur ce point que celle du canton de Genève ; mais elle est plus rigoureuse en ce qui concerne le cautionnement en espèces. La liberté sous caution n'est accordée par la chambre d'instruction que si l'information n'en souffre pas, et que si le cautionnement est capable d'empêcher la fuite de l'inculpé. Or, le chiffre de 3,000 francs sera-t-il toujours un obstacle au départ du prévenu riche ? Celui qui ne l'est pas pourra-t-il toujours trouver la somme qu'on lui réclamera ? Dans la plupart des cas, il est vrai, la chambre, d'après les renseignements qui lui seront fournis, se prononcera en connaissance de cause ; mais le pouvoir d'appréciation qui lui est conféré n'est-il point trop étendu ?

La caution est responsable, lorsque le prévenu ne se présente pas ou prend la fuite. Son engagement cesse lorsque l'inculpé condamné se résout à exécuter le jugement. Il est encore éteint par une prescription de six mois, commençant à courir du jour du jugement définitif.

La loi du canton du Valais est plus restrictive que celle du canton de Genève ; elle n'admet pas d'une façon si large la liberté provisoire. Seulement, elle accorde aussi une certaine garantie au prévenu, en exigeant que la détention préventive soit ordonnée par la chambre d'instruction. Le pouvoir discrétionnaire confié à une réunion d'hommes est moins excessif que celui reconnu à un seul magistrat.

EN ALLEMAGNE

L'Allemagne est aujourd'hui régie par le Code d'instruction criminelle de 1877. La loi allemande entoure la liberté individuelle de sages précautions : la règle est la liberté provisoire. En principe, l'inculpé de délit ne peut être arrêté préventivement. Il en est de même de l'individu accusé d'un crime; il n'y a d'exception que lorsque les circonstances de l'infraction et les mauvais antécédents du prévenu font craindre qu'il ne prenne la fuite. Il peut encore être arrêté quand il rentre dans la catégorie des vagabonds, des gens sans aveu, et lorsqu'on le voit occupé à faire disparaître les preuves d'un crime ou à en effacer les traces.

La liberté provisoire est possible, même dans ces cas, mais elle est subordonnée à l'existence d'une caution.

L'inculpé arrêté doit être immédiatement conduit devant le juge de paix du district où s'est accomplie l'infraction. Le magistrat est obligé de l'interroger sans aucun retard, et d'ordonner ensuite l'arrestation ou la mise en liberté. L'incarcération ne peut se prolonger au delà de huit jours, à moins qu'elle ne soit maintenue par une décision spéciale.

EN ANGLETERRE

En Angleterre, il est admis qu'on ne peut arrêter un citoyen sans mandat (warrant). Toutefois, dans

des cas assez nombreux, déterminés par la législation anglaise, les constables, et même les simples particuliers, peuvent arrêter un individu sans mandat préalable. Il en est ainsi :

1° Lorsqu'il s'agit de s'opposer à l'exécution d'un crime ;

2° Lorsque pèsent sur quelqu'un de fortes présomptions, de puissants indices de culpabilité, et qu'il s'agit d'un crime de haute trahison, ou d'une infraction présentant un caractère particulier de gravité ;

3° Lorsque le délit est flagrant.

Dans certaines contraventions dont le nombre est déterminé par la loi, les constables ont des pouvoirs très étendus. Enfin le citoyen, témoin d'un flagrant délit, qui n'a pas essayé d'en empêcher l'exécution ou d'en arrêter l'auteur, est passible d'une amende. Le principe de notre article 106 Inst. cr. est donc singulièrement étendu dans son application : personne cependant ne songe à s'en plaindre. Pourquoi ? C'est que chez nos voisins d'outre Manche, les agents de l'autorité sont responsables des actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions. S'ils arrêtent à tort, ils sont exposés à se voir réclamer des dommages-intérêts par le prévenu ; et de plus ils doivent rendre compte de leur façon d'agir au juge, qui ne laissera pas impunément commettre un abus. Enfin, les agents doivent répondre publiquement aux questions que leur adressera l'accusé ou son conseil.

Le prévenu peut être simplement cité à compa-

raître, ou arrêté. Le juge de paix dans les comtés, les juges de police, le coroner, la cour du ban de la reine, les membres du conseil privé (en cas de crime politique), le président de la chambre des Communes, ont le droit de constituer en état de détention. Quand procédera-t-on par voie de détention? quand faudra-t-il recourir au moyen plus grave de l'arrestation? La loi ne s'explique pas sur ce point, qu'elle livre complètement à l'appréciation du magistrat. Dans la pratique, on emploiera la voie de la citation quand il s'agira d'infractions légères, contraventions ou simples délits ; dans le cas de crime, au contraire, on décernera un mandat contre le prévenu. De même en sera-t-il lorsque le fait incriminé rentrera dans la catégorie des délits, s'il y a lieu de craindre que l'inculpé ne comparaisse pas, ou s'il n'a pas répondu à un premier appel. Le juge a donc une autorité très étendue en vertu de laquelle il peut faire arrêter un témoin, quand le poursuivant affirme sous serment qu'il ne comparaîtra pas de son gré.

Le mandat doit, non seulement désigner clairement le prévenu comme chez nous, mais encore indiquer la nature, les circonstances du fait incriminé et la plainte qu'il a occasionnée. Ceci tient à une différence essentielle entre nos deux législations. En Angleterre, l'instruction est publique ; le prévenu arrêté connaît le fait dont on l'accuse et le dénonciateur ; partant, il lui est facile de recueillir les preuves de son innocence, qu'il pourra sans retard opposer à la plainte.

Les garanties que la loi anglaise offre à l'inculpé

ne lui sont jamais accordées chez nous. Elles n'existent en droit que pour le seul mandat d'arrêt; mais, nous l'avons vu, le mandat d'arrêt, précisément à cause des formalités dont il est entouré, est depuis longtemps, dans la pratique, laissé de côté et remplacé par le mandat de dépôt, beaucoup plus simple pour le juge, mais aussi bien moins avantageux pour le prévenu. En Angleterre, toutefois, il faut reconnaître que l'inviolabilité du domicile n'existe pas : l'agent peut pénétrer chez un citoyen à tout moment de la journée, et l'arrêter à toute heure du jour et de la nuit. Il n'en est point ainsi chez nous, et c'est avec raison, pensons-nous, que la loi défend aux fonctionnaires de troubler le sommeil des particuliers.

En France, nous le savons, le prévenu est à la merci du juge d'instruction. Ce magistrat procède à l'information comme bon lui semble ; il peut, pour ainsi dire, la faire durer autant qu'il veut, et, si l'inculpé n'a pas été relaxé avant jugement, il subira une détention toujours trop longue. Cet abus n'existe pas en Angleterre, et en pratique, il est de règle que l'inculpé arrêté doit être amené à la plus prochaine audience du tribunal, et que l'instruction de l'affaire doit commencer le même jour. La procédure est très prompte, et voici pourquoi : le juge de police anglais n'a pas seulement pour mission de diriger l'information; il exerce une véritable juridiction, apprécie les circonstances et les conditions du délit et prononce séance tenante la condamnation, s'il se reconnaît compétent.

Il en est ainsi, bien entendu, lorsque le prévenu est coupable ; si, au contraire, il parvient à se disculper, à faire tomber, avec les charges qui l'accablaient, l'accusation à laquelle il était en butte, il est immédiatement rendu à la liberté. Si, au contraire, l'infraction est plus grave, et si son auteur doit être traduit devant les assises, le juge de paix ou de police rend une ordonnance de renvoi contenant l'exposé de l'affaire, et fait incarcérer le prévenu dans la maison d'arrêt.

Si les renseignements recueillis ne rendent pas l'instruction suffisamment complète, si, à la première audience, le juge, dont la religion n'est pas assez éclairée, ne croit pas devoir se prononcer, il renvoie l'inculpé pour plus ample informé. Celui-ci reste toujours sous les verrous, s'il n'a pas obtenu la liberté sous caution ; mais la détention, dans ce cas, ne peut, dans la pratique, excéder huit jours. Le magistrat fixe le jour de la prochaine séance, qui décidera du sort du prévenu. Un nouveau délai peut toutefois être fixé ; mais, pour des motifs très graves, la prison préalable n'est jamais bien longue en Angleterre : sa durée trop prolongée est contraire aux idées du législateur en cette matière.

La liberté provisoire, d'après la loi anglaise, est tantôt facultative et tantôt de droit. En ce qui concerne les crimes et les délits très graves, le juge a un pouvoir d'appréciation absolu, il accorde ou refuse la liberté comme il veut, suivant sa conscience ; pour les infractions légères, il ne peut l'empêcher. Le vœu de la loi est qu'elle soit autorisée, toutes les fois qu'elle

est possible sans inconvénients. Le prévenu reste libre jusqu'au jour du jugement. Lorsqu'un individu est arrêté sans mandat par un constable, l'agent de la police, après l'avoir interrogé, peut le relaxer provisoirement. Si le constable n'a fait qu'exécuter un ordre d'arrestation, c'est au juge de paix qu'appartient le droit d'accorder la liberté sous caution, dans tous les cas, même en matière criminelle. Il n'en est différemment que dans les hypothèses de haute trahison: un secrétaire d'État et la cour du ban de la reine sont seuls compétents.

Le cautionnement consiste, soit dans le versement d'une somme d'argent, soit dans l'engagement d'un tiers. Ce dernier moyen est presque toujours employé. La liberté provisoire est vue si favorablement, que le juge l'accordera volontiers au prévenu qui n'a pas pu trouver de caution au moment de l'interrogatoire. Celui-ci doit toutefois en présenter une dans un délai assez bref. S'il s'agit d'espèces, le juge a qualité pour en fixer le montant, d'après les circonstances du fait et la position sociale de l'intéressé.

La loi anglaise contient de plus une garantie très sérieuse pour la défense des inculpés. Nous voulons parler de l'institution connue sous le nom d'« habeas corpus ». On sait qu'en vertu de l'acte d'« habeas corpus », toute personne arrêtée sous une inculpation de crime par ordre de justice, ou même du souverain, peut exiger de l'autorité qui l'a privée de liberté un mandat d' « habeas corpus ». Elle doit alors être immédiatement traduite devant la cour du ban de la reine ou la cour des « plaids » communs, laquelle,

après débat contradictoire sommaire, doit rendre un jugement déclarant que la cause de l'arrestation est juste ou injuste. Cette règle est donc une garantie, d'une part, contre le danger d'arrestations purement arbitraires, d'autre part, contre l'abus des arrestations opérées sur simple soupçon, afin de permettre au juge de rechercher à loisir si la personne arrêtée ne serait pas celle qu'on recherche [1]. »

Cette procédure est aujourd'hui de droit en toute matière pénale et devant toute juridiction, sur la demande de l'inculpé. La législation anglaise contient, de plus, une institution assez originale, qui a pour but d'empêcher la perpétration des infractions : c'est la caution préventive. Tout individu qui a subi déjà une ou plusieurs condamnations, et sur l'amélioration duquel on a de justes motifs de doute, est obligé de fournir caution de sa bonne conduite pour l'avenir ; sinon, il est mis sous les verrous. Cette mesure de précaution est fréquemment employée en Angleterre. Chaque année, elle s'applique en moyenne à 1650 hommes et à 700 femmes. Cette théorie, en principe, peut être critiquable : pourquoi punir un individu sur de simples soupçons, et parce que ses antécédents ne sont pas favorables ? Pourquoi vouloir réprimer un acte illicite qui n'est pas encore accompli, et qui ne le sera peut-être jamais ? La caution préventive, en droit, est assez difficile à expliquer : elle ne se justifie, comme beaucoup d'autres

1. Édouard Mack, *Étude sur la détention préventive.*

institutions, que par les bons résultats qu'elle produit dans la pratique.

La détention préventive est beaucoup plus rare et plus courte en Angleterre qu'en France. Cette différence tient à plusieurs raisons. L'instruction est beaucoup plus brève chez les Anglais ; dans maintes hypothèses, on l'a vue durer cinq jours, deux jours et jusqu'à un jour seulement. L'information ne se prolonge jamais bien longtemps, parce que l'initiative et les pouvoirs laissés aux agents de police sont plus étendus. Ce système, qui entraînerait des abus chez nous, où l'instruction est secrète, ne présente pas d'inconvénients chez nos voisins, où l'information est publique et les agents responsables. De plus, en Angleterre, les fonctionnaires chargés de la découverte et de la poursuite des infractions jouissent d'une grande considération. Chez nous, il en est bien différemment et, tout en reconnaissant l'utilité incontestable des sergents de ville et des gendarmes, il est bien peu de personnes qui ne soient disposées à leur décocher quelque trait méchant et à tourner en ridicule leurs allégations et procès-verbaux. Les simples particuliers, de l'autre côté de la Manche, offrent un concours puissant aux agents de police, qu'ils aident volontiers dans leurs investigations ; on les laisse parfaitement à l'écart en France, et on se désintéresse trop de la recherche que nécessite la répression des infractions.

La législation anglaise, de plus, reconnaît hautement un principe que notre loi admet également, mais dont nous ne tenons pas suffisamment compte

dans la pratique. C'est surtout en Angleterre qu'il est vrai de dire que le prévenu est présumé innocent jusqu'à ce qu'il soit déclaré coupable. Partant de là, l'inculpé est libre de réunir ses preuves et de rassembler ses moyens de défense comme il l'entend. Dès le début de l'information, il a un défenseur dont les conseils et les lumières peuvent le guider dans la marche à suivre. On fait connaître à l'accusé les charges nouvelles qui pèsent sur lui, au fur et à mesure qu'elles se présentent ; il peut donc les faire tomber sans retard. C'est grâce à cette procédure que l'instruction, dans la presque totalité des cas, en Angleterre, est de courte durée. En résumé, la situation de l'inculpé y est beaucoup plus favorable qu'en France : le juge qui attaque et le prévenu qui se défend sont placés sur un terrain de même niveau, et combattent, pour ainsi dire, à armes égales.

Il en est tout autrement chez nous. Certes, notre loi reconnaît en principe que le prévenu n'est pas coupable par ce fait seul que sa conduite antérieure a éveillé les soupçons de la police ; mais, malgré tout, dans l'esprit du juge et dans l'opinion publique, l'arrestation entraîne comme conséquence une forte présomption de culpabilité qu'il sera toujours difficile de faire tomber. C'est un préjugé, mais il est tellement enraciné dans nos mœurs que tous, plus ou moins, nous subissons son influence. Le juge d'instruction n'a pour mission que d'établir l'accusation et d'en indiquer les bases ; il prend note des plaintes et dénonciations sur lesquelles il s'ap-

puie pour ordonner l'arrestation ; mais il n'a pas à tenir compte des allégations qui pourraient sauver le prévenu. Il peut, en un mot, c'est l'article 71 du Code d'instruction criminelle qui nous l'apprend, faire citer devant lui les personnes indiquées par la partie lésée par l'accusation ; il ne peut faire comparaître celles nommées par la défense. Il a pour mission d'entendre les témoins à charge, il n'est point tenu d'écouter les témoins à décharge. Merlin allait plus loin : il prétendait « que les juges d'instruction, non seulement ne pouvaient, mais ne devaient pas informer à décharge, soit sur des faits justificatifs, soit même sur des faits péremptoires qui pourraient amener la conviction du juge. »

Le magistrat instructeur rassemble toutes les charges qui pèsent sur l'inculpé ; de plus, il agit secrètement, à l'insu de ce dernier, et il ne les lui indique que lorsqu'elles sont assez concluantes pour aboutir à une condamnation. Il en résulte des retards, des lenteurs dans l'information ; et, pendant ce temps-là, les moyens de défense qu'aurait pu réunir le prévenu, s'il eût su à quoi s'en tenir des le début, peuvent disparaître ou s'amoindrir et entraîner sa perte. Puisque la société se reconnaît le droit de poursuivre ouvertement un individu qu'à tort ou à raison, on croit l'auteur d'une infraction, pourquoi ne lui accorderait-elle pas la faculté de se défendre de même ? Pourquoi ne pas permettre à l'inculpé, aussitôt qu'il est entre les mains de la justice, d'indiquer tous les faits capables de faire éclater son innocence, et pourquoi ne pas tenir compte

des témoignages favorables à la défense ? Et pourtant cette anomalie que nous signalons se présente, pour ainsi dire, chaque jour dans la pratique. Qu'en résulte-t-il ? c'est que souvent on voit arriver à l'audience publique des témoins à décharge qu'on n'attendait pas et qui, par leurs affirmations, entraînent l'acquittement du prévenu. Si le juge les eût écoutés plus tôt, il eût évité une procédure longue et difficile peut-être, pendant la durée de laquelle un innocent était sous les verrous.

Il est à remarquer aussi qu'en France on abuse des informations inutiles. Si un individu arrêté avoue sa faute, il n'est pas rare de le voir renouveler son aveu jusqu'à trois et quatre fois. Pourquoi ne pas, dès le début, consigner la déclaration du prévenu constatant sa culpabilité, et ne pas, dès la prochaine audience, prononcer la condamnation ? A quoi bon, dans ce cas, faire des recherches inutiles, qui n'auront d'autre résultat que de prolonger la prison préalable ? Pourquoi sacrifier ainsi à la routine, et oublier que la célérité est souvent une des conditions de la justice répressive ?

Il n'en est point ainsi en Angleterre, et, quand un prévenu se reconnaît coupable, la décision judiciaire qui confirme son dire intervient immédiatement.

De l'autre côté de la Manche, si un individu est accusé de plusieurs crimes ou délits, on laisse de côté les infractions sans importance, et on connaît seulement de celles qui sont plus graves.— Il n'en est pas de même en France, et, malgré le principe du non-cumul admis par notre législation, on perd un

temps précieux à rechercher les circonstances et conditions des faits délictueux de moindre importance dont l'accomplissement est imputé au prévenu.

De plus, en Angleterre, la brièveté de la détention préalable tient aussi à l'étendue des pouvoirs conférés aux juges de paix ou de police. Celui-ci, lorsque le fait dont il s'agit rentre dans sa compétence, recueille les indices fournis par l'accusation, tient compte des protestations de la défense, et, sa conviction établie, prononce immédiatement la sentence. Le prévenu n'est pas, comme chez nous, renvoyé devant d'autres juges ; il en résulte une économie de temps qu'apprécient fort les Anglais.

Nous ne terminerons pas cette comparaison de notre législation criminelle avec celle de l'Angleterre, sans faire observer que la détention préventive, quoique fort courte, y est encore trouvée trop longue, et que, dans la plupart des cas, la liberté provisoire est très facilement accordée. Elle est de droit pour les infractions légères, et peut se prolonger jusqu'au jour du jugement. Et cependant, on ne remarque point que cette institution produise de mauvais résultats, entraîne de fâcheuses conséquences. S'il en est ainsi, pourquoi donc, en France, ne suit-on pas les tendances libérales des Anglais en matière de détention préventive ? C'est que nos mœurs et notre caractère diffèrent des habitudes et de l'esprit de nos voisins.

EN HOLLANDE

La législation hollandaise, calquée sur la loi anglaise, est moins exigeante encore, et ne permet de

porter atteinte à la liberté individuelle que dans des circonstances très graves. Un citoyen ne peut être arrêté, même par ordre du magistrat, que dans le cas de flagrant délit. La plainte ou la dénonciation n'est pas considérée comme suffisante pour motiver l'incarcération provisoire de l'individu soupçonné. Le code hollandais est muet en ce qui concerne la mise en liberté provisoire, mais il laisse aux tribunaux tout pouvoir pour l'accorder : la caution n'est point exigée [1].

EN PORTUGAL

D'après la loi du Portugal, l'individu pris en flagrant délit peut être arrêté. Dans les autres cas, pour qu'il y ait lieu à ordonner la détention préventive, il ne suffit point qu'il y ait commencement d'information, il faut encore que l'accusation repose sur des bases certaines et soit nettement établie. Le mandat d'amener, toutefois, produit effet pendant un assez long espace de temps ; l'inculpé, d'après le vœu de la loi, doit, aussitôt que possible, être conduit devant le magistrat, celui-ci a huit jours pour apprécier les circonstances de l'infraction, et se prononcer sur les mesures qu'il convient de prendre à l'égard du prévenu.

EN AUTRICHE

La législation anglaise, nous venons de le voir,

1. De même en est-il en Italie pour les inculpés pauvres, quand on a de bons renseignements sur leur moralité (article 214 du Code italien).

est assez libérale ; elle respecte d'une manière asssez complète la liberté individuelle, et n'admet la détention préventive que dans des hypothèses particulières et relativement assez rares. Il n'en est pas de même de la législation autrichienne qui, plus arbitraire et plus sévère, est assez restrictive en notre matière.

Depuis le commencement du siècle, l'Autriche a suivi quatre codes différents d'instruction criminelle, qui ont été promulgués à diverses époques : en 1803 1850, 1853 et 1873.

Le code de 1803, dont l'esprit était singulièrement imprégné des formes de la procédure criminelle des époques précédentes, était la négation même de la liberté individuelle. L'instruction était écrite et secrète, la détention préventive était la règle ; cette législation dura un demi-siècle, elle ne fut modifiée qu'en 1850. Les principes du nouveau code contenaient une tendance plus libérale, mais il ne fut pas longtemps en vigueur : trois ans après, on revint à la législation de 1803. A la suite de la guerre d'Italie, des protestations s'élevèrent de toutes parts contre la rigueur vraiment excessive de la procédure criminelle. On y fit droit seulement en 1873, et un nouveau code fut appliqué à partir du 1er janvier 1874. C'est cette dernière loi que nous allons étudier brièvement.

En principe, le juge ne doit décerner qu'un mandat de comparution. L'article 173 indique que, dans tous les cas où la loi n'en aura pas décidé autrement, le prévenu devra d'abord comparaître

pour être entendu [1]. Nous nous empressons d'ajouter que ces cas sont singulièrement multiples, et que la règle est à peu près annihilée par les nombreuses exceptions qu'elle comporte. Ainsi le magistrat peut *de plano* mettre en dépôt provisoire l'individu pris en flagrant délit, ou désigné par la rumeur publique ou la police, comme l'auteur du fait incriminé. Il en est ainsi lorsque le prévenu est trouvé en possession d'armes ou de pièces à conviction dont la provenance suspecte fait présumer sa participation au délit. De même lorsque cet individu se prépare à prendre la fuite, ou qu'il y a tout lieu de supposer que l'arrestation seule s'opposera à son départ.

Le juge a le même droit quand le prévenu essaye d'agir sur les témoins, sur ses complices, d'induire en erreur la justice, et quand il fait tous ses efforts pour effacer les traces du crime et en empêcher la découverte.

Il en sera encore ainsi lorsque, d'après les antécédents de l'accusé, sa manière de vivre et ses habitudes, il y aura lieu de craindre qu'il ne mésuse de sa liberté pour commettre une nouvelle infraction, ou la même une deuxième fois.

S'il s'agit d'un crime entraînant la peine capitale ou dix ans de réclusion, le juge devra immédiatement lancer contre le prévenu un mandat d'arrêt.

1. Si l'individu cité n'obéit pas à l'injonction qui lui est faite, ou s'il n'a pas une excuse valable, le juge lance un mandat d'amener.

Le pouvoir confié au magistrat par la loi autrichienne est donc absolu et complètement discrétionnaire : le simple soupçon suffit pour qu'on prive de sa liberté l'auteur présumé d'un fait délictueux.

Le Code d'instruction criminelle de 1874 ne met pas sur la même ligne le dépôt provisoire et la détention préventive, que seul peut ordonner le juge d'instruction. Le dépôt provisoire, mesure moins rigoureuse et dont la durée, dans l'esprit de la loi, ne doit pas être très longue, peut être ordonnée par des fonctionnaires dont l'autorité doit céder devant les pouvoirs du juge d'instruction. Les agents de la police et le juge de district peuvent préalablement arrêter et mettre en dépôt l'auteur présumé d'une infraction. Le dépôt provisoire, toutefois, ne peut se prolonger au delà de 48 heures, à l'expiration desquelles le prévenu a le droit de demander à être interrogé. Ainsi que chez nous, l'individu touché par un mandat du juge d'instruction doit subir un premier interrogatoire dans les vingt-quatre heures de son arrestation.

La détention préventive est très fréquemment employée : la loi, en cette matière, se montre très rigoureuse. L'incarcération avant jugement est obligatoire, nous l'avons vu, quand le fait incriminé est passible de la peine de mort ou de dix ans de réclusion. Le juge n'est tenu de la notifier par écrit à l'accusé que si celui-ci le demande. En toute autre matière, le magistrat peut, à sa volonté, arrêter provisoirement le prévenu. En vertu de son pouvoir discrétionnaire, il lui est permis d'ordonner la détention pré-

ventive dans nombre de cas qui cependant ne sont pas très graves. Il peut le faire, même lorsqu'il s'agit de contraventions, et pour empêcher la collusion. Dans ce cas, il est vrai, la personne détenue provisoirement n'est pas confondue avec les inculpés de crime[1].

Mais n'est-ce point là une singulière atteinte portée à la liberté individuelle? Y a-t-il vraiment, dans ce cas, nécessité d'incarcérer l'individu soupçonné? Nous ne saurions l'admettre. La détention préventive ne se légitime que lorsqu'elle est indispensable : c'est une iniquité nécessaire. Si la loi, pour réprimer les infractions, n'est pas obligée d'en arrêter les auteurs, la condition qui fait admettre la prison préalable disparaît, et l'injustice subsiste. Est-ce bien le but auquel doit tendre une législation? Nous ne le pensons pas. Le Code d'instruction criminelle, sans doute, ne reconnaît pas la validité des motifs que nous invoquons ; mais il est permis de critiquer ses dispositions sur ce point. Il est vrai qu'en principe la loi fait un devoir au magistrat de n'agir qu'à bon escient, et de causer le moins de préjudice possible à l'inculpé ou à la personne soupçonnée. Mais quelle est la sanction de ces prescriptions? et que deviennent-elles, étant donnée l'étendue de l'autorité du juge et le pouvoir arbitraire qui lui est abandonné?

La loi autrichienne contient quelques règles rela-

1. Les pouvoirs donnés à la police sont si étendus, qu'en cas d'émeute ou de rébellion à la loi, tous ceux qui ont été témoins peuvent être arrêtés si l'on ne parvient pas à découvrir immédiatement le coupable.

tives au traitement des prévenus. Autant que possible, ils ne doivent point vivre en commun ; ils sont soumis au règlement de la maison d'arrêt dans laquelle ils sont incarcérés. S'ils veulent communiquer avec leurs parents ou amis, ils doivent, au préalable, en obtenir la permission du directeur de la prison. Celui-ci peut donc, de sa propre autorité, ordonner en quelque sorte la mise au secret. Certes, notre législation criminelle contient des lacunes en ce qui concerne la détention préventive ; cette institution, chez nous, a besoin de sages réformes : mais ce n'est point, pensons-nous, du code autrichien qu'il faudra s'inspirer pour les établir.

La législation que nous exposons admet cependant la liberté provisoire. Elle est accordée sous caution, lorsque le fait n'entraîne pas plus de cinq ans de réclusion. Le prévenu doit prendre l'engagement de ne pas s'éloigner sans autorisation, et de se présenter toutes les fois qu'il en sera requis.

Le Code de 1853 n'admettait pas la liberté sous caution. Une loi de 1862 la rétablit, car elle avait existé sous le Code de 1850; elle a été maintenue en 1874.

Elle n'est pas possible dans les cas où la détention préventive est de rigueur, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'un crime emportant peine de mort ou dix ans de réclusion. La liberté sous caution est de droit, lorsque la peine réservée à l'infraction n'excède pas cinq ans de réclusion. Elle est accordée par la chambre du conseil. Si le fait entraîne 5 ans de réclusion, mais moins de dix ans, le prévenu peut, sur sa de-

mande, obtenir la liberté sous caution : c'est à la cour de deuxième instance à prononcer.

Le cautionnement garantit la représentation de l'inculpé, et le montant des dommages-intérêts qui peuvent être alloués à la partie civile ; il peut consister en espèces, en une hypothèque sur des immeubles ou dans l'engagement d'un tiers.

Dans le cas de non comparution du prévenu, trois jours au plus après la citation qui lui est faite, le montant du cautionnement est acquis au Trésor, sauf jusqu'à due concurrence de la somme accordée au particulier lésé, à titre de dommages-intérêts.

Si l'inculpé fait des préparatifs de fuite, il peut être incarcéré de nouveau. Le cautionnement n'a plus alors de raison d'être ; il s'éteint également par une ordonnance de non-lieu ou un jugement définitif.

Le ministère public peut attaquer l'ordonnance de la chambre du conseil décrétant la mise en liberté ; son pourvoi n'en suspend l'exécution que s'il a été déclaré dans un délai de trois jours. La loi autrichienne n'a pas obéi à l'impulsion libérale qui, depuis vingt-cinq ans, s'est manifestée dans presque toutes les législations européennes. Elle fait trop bon marché de la liberté individuelle, et ne tient pas suffisamment compte du droit dont la privation cause à celui qui en est l'objet de si graves préjudices.

CHAPITRE IX

LA DÉTENTION PRÉVENTIVE DOIT-ELLE COMPTER DANS LA DURÉE DE LA PEINE ?

Nous en arrivons à l'examen d'une question célèbre, plusieurs fois déjà posée à notre législateur, et à laquelle, jusqu'ici, il n'a pas cru devoir donner la solution désirable. Parmi les détenus préventivement, il faut faire deux catégories : ceux qui, reconnus non coupables par une décision judiciaire, sont relaxés aussitôt après l'ordonnance, le jugement ou l'arrêt qui proclame leur innocence ; et ceux qui, moins fortunés, sont condamnés par un texte de la loi visant l'infraction qu'ils ont commise.

Occupons-nous tout d'abord de ces derniers, et demandons-nous si la détention préventive qu'ils ont subie ne doit point être précomptée sur la durée de la peine qui leur reste à accomplir.

La difficulté vient du point du vue sous lequel on envisage la détention préventive. Si on la considère comme une peine, l'embarras disparaît, et notre question ne comporte pas d'autre solution qu'une réponse affirmative ; si, au contraire, on ne la regarde pas comme une peine, et c'est ce qu'a pensé le législateur français, la question reste tout entière. En théorie, nous sommes obligé de le reconnaître, l'incarcération préalable n'est point une peine. Mais, si nous examinons la chose de plus près, et si nous

étudions ce qui se passe en fait, peut-être serons-nous contraint de modifier notre assertion première.

Quel est le sort du détenu préventivement? Il est écroué à la maison d'arrêt en attendant le moment, bien lent à venir, de sa comparution en justice. La disposition législative qui a trait à notre matière, la loi du 5 juin 1875 sur le régime intérieur des prisons, ne contient qu'un seul texte, l'article premier, relatif à la situation du prévenu incarcéré. Voici ce texte : « Les inculpés, prévenus et accusés, seront à l'avenir individuellement séparés pendant le jour et la nuit. » Donc, emprisonnement cellulaire.

La loi étant muette sur les autres points, il en résulte que la situation de l'inculpé est sensiblement la même que celle du condamné. La plupart du temps, l'un et l'autre doivent se contenter de la nourriture qui leur est répartie[1], et du logement qui est mis à leur disposition. Mais, anomalie singulière, le gouvernement pourvoit à l'habillement du condamné, et ne prend aucun souci de l'insuffisance des vêtements de l'inculpé qui, pour se protéger contre l'intempérie des saisons, n'a souvent que des haillons. Le dernier, il est vrai, n'est point astreint au travail qui est obligatoire pour le condamné subissant sa peine ; mais est-ce là une faveur? Il est permis d'en douter, quand on observe rigoureusement ce qui se passe dans la pratique, et personne

1. Le juge d'instruction peut néanmoins permettre au prévenu incarcéré, jouissant d'une certaine fortune, d'ajouter au régime alimentaire de la prison.

ne s'étonnera de voir tous les jours des accusés détenus réclamer un travail dont l'exécution leur fait paraître le temps moins long, et dont bien souvent ils n'obtiennent qu'une rétribution insuffisante.

« Le régime de la prison, dit M. Guillot, n'est jamais trop sévère quand il s'agit d'un condamné ; mais tout ce qui ajoute une souffrance à la privation de la liberté, quand il s'agit d'un prévenu, est un acte d'injustice et un abus de pouvoir. Or, continue l'auteur, même à Paris, malgré l'humanité bien connue des directeurs des prisons, y a-t-il une différence entre les prévenus et les condamnés, et, si elle existe, n'est-ce pas au préjudice des premiers[1] ? »

Il est regrettable de le constater, mais nous ne craignons pas de l'affirmer : entre ces deux catégories de gens, il n'y a, en fait, aucune dissemblance. Les inculpés, à Paris, sont internés à Mazas. Cette maison d'arrêt répond complètement au but que s'est proposé le législateur de 1875. Les détenus enfermés dans une chambre suffisamment confortable, sont soumis à l'emprisonnement cellulaire de jour et de nuit. Pendant toute la durée de la prévention, l'accusé doit rester seul dans le silence et l'isolement.

Et les femmes ! que deviennent les femmes inculpées de crime, à Paris ? Oh ! pour elles, la situation est pire encore. La faute n'en est pas au législateur : il ne faut s'en prendre qu'aux insuffisances budgétaires. Les prévenues sont conduites à Saint-Lazare,

1. M. Guillot, *Principes du nouveau Code d'instruction criminelle.*

« dans cette grande prison de Saint-Lazare, qui est une honte pour Paris, lieu horrible où, malgré les admirables dévouements de la charité si souvent méconnus, la contagion du mal se développe à son aise, où les femmes, entassées dans des salles sombres et étroites, se pervertissent les unes les autres. » Et l'auteur ajoute : « Hier encore, une inculpée nous disait : Pour une femme, il vaut mieux mourir que d'entrer à Saint-Lazare [1]. »

De toutes ces prémisses, que résulte-t-il? C'est que, si, en théorie, la détention préventive n'est point un châtiment, en fait et en pratique, n'hésitons pas à le dire, elle présente tous les caractères d'une peine et ne se distingue pas de l'emprisonnement correctionnel. S'il en est ainsi, pourquoi l'incarcération préalable ne serait-elle pas imputée sur la durée de la peine?

Ainsi que nous l'avons fait observer plus haut, la question n'est pas nouvelle : elle fut soumise au législateur lors des travaux préparatoires de la loi de 1865. Un député proposa l'amendement suivant : « En cas de condamnation du prévenu à la peine de l'emprisonnement, le temps de la détention provisoire qu'il aura subi devra toujours être imputé sur la condamnation. » Tout en reconnaissant l'équité de cette motion, la commission la repoussa. Elle avait pour inconvénient, disait-on, de faire de la détention préventive une véritable peine. Le législateur ne voulut pas consacrer ce qui se passe tous les jours ; mais

1. M. Guillot, *Principes du nouveau Code.*

cette considération ne modifie en rien notre proposition. D'ailleurs, pourquoi ne pas reconnaître ouvertement la justesse d'une idée qu'on semblait n'écarter qu'à regret? « Si le principe, disait le rapporteur de la commission, ne peut être écrit dans la loi, il doit être gravé dans la conscience du juge. C'est son devoir étroit de tenir compte au condamné de la détention provisoire qu'il a subie, et ce serait un crime d'infliger le maximum de la peine à celui que les nécessités de l'instruction ont tenu captif pendant un temps prolongé. »

Mais quelle est la sanction de cette obligation imposée au magistrat? Le rapporteur a omis de l'indiquer: elle n'existe pas. Il en résulte que, tous les jours, le vœu de la loi est singulièrement méconnu par les juges, qui, dans l'application de la peine, oublient de tenir compte à l'accusé des jours de détention qu'il a subis avant jugement. Les individus traduits en police correctionnelle sont assez fréquemment, il est vrai, peu recommandables; mais en est-il toujours ainsi, et ne se trouve-t-il jamais parmi eux un prévenu intéressant? Nul n'oserait le soutenir. Pourquoi alors ne pas lui compter, dans la durée de la peine, le temps qu'il a préalablement passé dans la maison d'arrêt? Pourquoi ne pas appliquer un principe souverainement équitable, dont notre législateur a reconnu le bien fondé, mais qu'il n'a osé proclamer tout haut?

Si la loi française, toutefois, est à ce point de vue restée en arrière, il n'en a pas été de même depuis quelque temps des législations étrangères; et, parmi

les nations voisines, qui cependant, à l'origine, se sont inspirées de nos Codes, il en est plusieurs qui, en cette matière, ont pris l'initiative et ont accompli chez elles les réformes que, sans retard, nous voudrions voir s'introduire chez nous. Les unes ont écrit dans leurs lois le principe de l'imputation facultative, telles sont : l'Allemagne (Code pénal de 1871 (art. 50); la Hollande (Code pénal de 1881, art. 27) et la Russie ; les autres, plus logiques, n'ont pas craint de rendre l'imputation obligatoire, et d'en faire un droit pour le condamné. Parmi ces dernières, on peut citer la Belgique (Code pénal de 1867, art. 30) ; le Luxembourg (Loi du 18 juin 1879, art. 30) ; l'Italie (dans son projet de Code pénal) ; le Japon et la République argentine.

L'imputation facultative n'est qu'une amélioration pour ainsi dire insensible : si le juge, en effet, n'est pas forcé par la loi de tenir compte de la prison préventive dans l'application de la peine, qui pourra l'y contraindre ? Notre institution manque donc de sanction, et n'est pas solidement étayée. Disons tout de suite que la théorie de l'imputation facultative n'est qu'un moyen de transition entre la rigueur de l'ancien système, et l'adoucissement nouveau apporté à l'instruction criminelle ; et espérons que, bientôt, les législations qui l'ont admise, reconnaîtront l'insuffisance de ce palliatif et rendront l'imputation obligatoire.

Le principe de l'imputation, nous venons de le voir, est donc de toute équité. Examinons maintenant s'il est aussi facilement applicable en pratique que juste en théorie. L'opinion adverse fait à notre

système plusieurs objections qui, au premier abord, semblent mériter quelque crédit; mais, quand on les analyse, on s'aperçoit bien vite qu'elles ne reposent que sur des mots. On nous dit: admettons, si vous voulez, que la détention préventive soit adéquate à l'emprisonnement correctionnel ; cette hypothèse ne souffrira point difficulté, un jour de prison préalable équivaudra à un jour d'emprisonnement. Mais vous ne pourrez soutenir qu'il en sera de même, lorsque la peine encourue consistera dans les travaux forcés à temps ou la réclusion ; et, vous aurez beau faire, vous ne pourrez jamais prétendre que trois mois de détention devront être mis sur le même rang que trois mois de travaux forcés à temps ou de réclusion ? — C'est évident ; et nous reconnaissons que les peines criminelles sont plus rigoureuses que l'emprisonnement correctionnel. La différence, toutefois, peut être évaluée en chiffres ; et, si les travaux forcés à temps et la réclusion présentent un caractère de gravité triple ou double du préjudice causé par la prison préalable, qui empêchera, par exemple, que, pour défalquer sur la durée de la peine un jour de travaux forcés, on exige trois jours de détention? Qui s'opposera à ce que, pour déduire un jour de réclusion, on compte deux jours d'incarcération provisoire? Quelles difficultés soulèvera dans la pratique l'application de ce principe si juste? Cette idée n'est point chimérique ; bientôt elle sera adoptée par la République argentine, dont le projet de Code d'instruction criminelle contient cet article : « Lorsqu'il y aura eu détention préventive, elle devra être comptée dans le

calcul de la peine prononcée, à raison de trois jours pour un de travaux forcés, de deux jours pour un de réclusion, et d'un par jour de prison. » Cette disposition est d'une équité incontestable, et nous ne pouvons que désirer la voir généraliser.

Nos adversaires, cependant, ne s'en tiennent pas là ; ils nous font une deuxième objection : L'application de l'imputation, qui serait possible, dit-on, lorsque le prévenu est condamné à l'emprisonnement, ne le sera plus lorsque la peine encourue ne consistera qu'en une simple amende.

L'imputation dans cette hypothèse ne sera pas plus difficile que dans la précédente. Qu'est-ce que l'amende ? C'est une somme d'argent fixée par décision judiciaire et que doit verser le condamné. Que représente-t-elle ? Un certain nombre de jours de prison que devait subir le coupable ; seulement, par faveur, il voit sa peine adoucie. Étant donnés le chiffre de l'amende et la quantité de jours de prison à laquelle elle est substituée, il est facile d'évaluer quelle est, en espèces, la représentation du préjudice causé par un jour de prison. Or, on peut admettre qu'un jour de détention préalable est sensiblement égal à un jour d'emprisonnement correctionnel. Le calcul sera donc très facile : il se réduira à une simple soustraction. L'application du principe de l'imputation ne souffre donc aucune difficulté ; la base de cette institution est souverainement équitable : pourquoi ne figurerait-elle pas dans nos lois ?

Notre Code de 1808 passait complètement sous silence cette théorie, qui s'est grandement accréditée

depuis. Le législateur de 1832 l'a entrevue et l'a consacrée dans un cas particulier visé par le nouvel article 24, qui fait exception à l'ancienne règle de l'article 23, d'après lequel la durée des peines temporaires ne compte que du jour où la condamnation est devenue irrévocable. L'article 24 du Code pénal dispose : « Néanmoins, à l'égard des condamnations à l'emprisonnement prononcées contre les individus en état de détention préalable, la durée de la peine, si le condamné ne s'est pas pourvu, comptera du jour du jugement ou de l'arrêt, nonobstant l'appel ou le pourvoi du ministère public, et quel que soit le résultat de cet appel ou de ce pourvoi. Il en sera de même dans les cas où la peine aura été réduite sur l'appel ou le pourvoi du condamné. »

Nous n'entreprendrons point de résoudre les nombreuses difficultés qu'a soulevées l'interprétation de ce texte diffus, dont l'explication ne rentre point dans notre sujet. Nous dirons seulement qu'il apporta, à l'époque où il fut rédigé, une amélioration notable à la situation des condamnés, souvent victimes, dans le commencement d'exécution de leur peine, d'un retard qu'ils n'ont point occasionné. La loi nouvelle fit disparaître en partie cet inconvénient, et décida que le détenu ne pourrait plus désormais souffrir du retard que le ministère public mettait à interjeter appel ou à se pourvoir, ni des effets d'une instance à laquelle il n'avait pris aucune part. C'était un progrès, mais il était insuffisant. « De vives réclamations, disait M Dumon à la chambre des Députés[1], s'élè-

1. Le 11 novembre 1831.

vent depuis longtemps contre l'usage de ne compter en rien, dans la durée de la peine, l'emprisonnement préalable, qui souvent a excédé cette durée. Le projet de la loi n'a pu faire entièrement droit à ces réclamations. L'emprisonnement préalable est un tribut que chacun paie à la sécurité de tous; l'innocent qu'une détention préalable a frappé, ne peut obtenir aucune réparation. Traitera-t-on le coupable avec plus de faveur? D'ailleurs, l'emprisonnement préalable diffère trop de la plupart des peines, pour qu'on puisse l'assimiler avec elles et le précompter sur leur durée: quel rapport y a-t-il entre l'emprisonnement préalable et les travaux forcés? »

La relation que M. Dumon ne voyait pas entre la prison préventive et les peines criminelles, a été, nous l'avons vu plus haut découverte et admise par la suite. C'est qu'en effet, les idées ont changé depuis 1832, tout le monde le reconnaît aujourd'hui en France : le législateur seul semble ne pas s'en apercevoir, du moins en ce qui touche notre matière [1].

1. Le 8 décembre 1888, cependant, une proposition de loi tendant à imputer la détention préventive sur la durée de la peine a été prise en considération à la Chambre des députés.

CHAPITRE X

DOIT-ON ACCORDER UNE RÉPARATION AUX PRÉVENUS QUI, APRÈS AVOIR ÉTÉ INCARCÉRÉS, ONT ENSUITE ÉTÉ RECONNUS INNOCENTS ?

Errare humanum est

Nous avons rangé en deux classes les détenus préventivement, et nous venons de voir quel tempérament, il convient d'apporter au sort de ceux qui, reconnus coupables, ont été condamnés. Étudions maintenant la situation de ceux qui, après avoir subi une détention préalable plus ou moins longue, ont ensuite été déclarés innocents par décision judiciaire, ou relaxés de toutes poursuites pour défaut de preuves. La condition de ces infortunés est, à tous points de vue, absolument digne d'intérêts ; et il est regrettable de constater que le législateur n'en ait pas pris plus de souci, et n'ait pas tenté de l'améliorer.

La détention préventive, en effet, n'a pas seulement pour résultat de retrancher provisoirement de la société, celui qui est écroué à la maison d'arrêt en vertu d'une ordonnance de prise de corps. Ses conséquences se produisent même, et on peut dire surtout après que le prévenu est rendu à la liberté. Le soupçon dont il a été environné, la présomption de culpabilité qui l'a atteint, lui infligent une empreinte ineffaçable que jamais il ne pourra faire disparaître. Si c'est un artisan,

c'est en vain qu'il cherchera du travail. Tous se détourneront de lui, personne n'écoutera ses offres ; chacun en le voyant s'éloignera de lui en murmurant : il a été en prison. Le souvenir de la honte qu'il a subie restera vivant parmi ceux qui naguère l'admettaient volontiers dans leurs chantiers ou dans leurs ateliers : il ne pourra plus trouver à s'occuper, et la gêne qui, à la suite de son absence prolongée, s'était introduite dans son ménage, dégénérera bien vite en misère. L'infortuné n'aura plus de moyens d'existence, là où jadis il subvenait facilement à son entretien et à celui de sa famille ; et, pour se procurer le pain de chaque jour, il se verra souvent forcé de s'expatrier et de gagner une région où ses antécédents ne seront point connus. Et qu'on ne dise pas que cette allégation est exagérée ! Le tableau que nous venons d'esquisser n'est malheureusement que trop vrai ; il n'est pas rare de voir ces faits se produire surtout à la campagne ; et, bien souvent, nous voyons refuser du travail à un individu qu'on a vu passer entre deux gendarmes : il a été en prison.

Si le prévenu appartient à une classe plus élevée de la société, sa situation, qui restera meilleure au point de vue matériel, ne sera pas plus favorable au point de vue moral. Il n'osera plus se présenter devant ceux qui autrefois l'accueillaient avec bienveillance et cordialité ; la considération dont il jouissait, l'honneur de sa famille, le prestige de son nom, tout disparaîtra. « Un citoyen renvoyé de l'accusation par une ordonnance de non-lieu, a dit Prévost-Paradol, est absous aux

yeux de la loi, mais il n'est nullement absous aux yeux du public. Nul n'ignore l'accusation flétrissante qui l'a mis en danger, tandis que les causes qui l'ont rendu libre après l'instruction secrète, sont couvertes d'un mystère qui autorise toutes les conjectures. Est-ce son innocence évidente qui l'a sauvé ou les difficultés d'établir matériellement certain fait probable ? » Et cependant Dieu sait pour quelle causes souvent un individu est privé de sa liberté ; et il ne faut pas s'étonner d'entendre dire à un magistrat parisien : « Presque toujours, l'homme du monde arrêté l'est pour un délit dont la condamnation n'entraîne pas l'emprisonnement. »

Etant donnée l'exactitude rigoureuse de cet exposé, il est permis de se demander si la société ne doit point une réparation aux innocents qui, victimes d'une erreur judiciaire, sont en butte aux souffrances physiques et morales dont nous venons de donner nn rapide aperçu. La question aujourd'hui est tout à fait à l'ordre du jour, et a singulièrement ému depuis peu les publicistes et les jurisconsultes. Bentham, Faustin-Hélie, Bonneville de Marsangy, ont écrit des lignes éloquentes en faveur de cette doctrine, dont l'équité a été hautement reconnue par des magistrats [1] qui, tout dernièrement encore, la proposaient à l'examen du législateur. Seules, quelques voix dissidentes dont M. Worms s'est fait l'écho soutiennent l'opinion contraire.

1. MM. les avocats généraux d'Artemare et Oudin, dans leurs discours de rentrée. (Cour d'Orléans, 3 novembre 1883. — Rennes 4 novembre 1884).

Dans l'ancienne Rome et en Grèce, il ne pouvait être question d'un dédommagement à la charge de l'État, envers l'inculpé reconnu innocent. Le ministère public n'existait pas alors, et la société ne devait point être responsable. Il n'en était pas de même de l'accusation, et, à Athènes, le citoyen, auteur d'une dénonciation téméraire ou calomnieuse, subissait la peine du talion.

A Rome, la loi se montrait moins sévère et établissait, entre l'accusation calomnieuse et la plainte téméraire, une profonde différence. Celui qui s'était rendu coupable de la première était déclaré infâme et puni par la loi Rumnia. L'auteur de la seconde pouvait se voir contraint de donner des dommages-intérêts au prévenu qui avait contre lui l'action *injuriarum*.

Dans notre ancien droit féodal, on ne voit aucune trace de réparation pour les inculpés, de la situation desquels les seigneurs se désintéressaient complètement.

Il n'en fut pas de même en Lorraine, et une ordonnance du duc Léopold, en 1707, consacra, dans un cas particulier, le principe depuis longtemps admis de l'indemnité sociale.

Louis XVI, par l'ordonnance du 1^er^ mai 1788, déclara que toute sentence d'acquittement serait imprimée et affichée aux frais de son domaine. L'ordonnance criminelle du 8 mai suivant dit: « Le roi regarde comme une dette de la justice les réparations accordées aux innocents qui ont subi, sur de faux indices, les rigueurs d'une poursuite criminelle. »

Enfin, les États généraux de 1789 demandaient hautement la consécration du principe de la réparation.

Aujourd'hui, plusieurs législations étrangères ont pris l'initiative en cette matière, et ont admis le principe de l'indemnité. On peut citer: le code d'instruction criminelle des cantons de Bâle, de Fribourg, de Neufchâtel et de Berne en Suisse; la loi autrichienne[1], dont les dispositions sont cependant, nous l'avons vu, assez restrictives de la liberté individuelle; le code des Deux-Siciles[2]; le code de Portugal[3]; le code pénal du Mexique[4].

La question fut posée en 1863 au Congrès scientifique international de Gand, qui, après une étude minutieuse et une discussion savante, émit le vœu « que la société indemnise les inculpés préventivement détenus et, plus tard, reconnus complètement innocents du fait qui leur était imputé. »

Le législateur de 1808 n'a pas tout à fait passé sous silence la possibilité, pour l'accusé relaxé de toutes poursuites, de réclamer une réparation : il l'autorise dans le cas où, malgré une dénonciation calomnieuse et injuste, le prévenu serait acquitté. Aux termes de l'article 358 § 4, l'accusé acquitté peut obtenir des dommages-intérêts contre ses dénonciateurs. L'article 359 nous apprend que l'intéressé doit porter sa demande à la cour d'assises et « avant le

1. Code autrichien, article 427.
2. Chap. IV, article 5.
3. Section 18, articles 138, 169, 170.
4. Article 344.

jugement ». Il ne faut pas prendre ce texte au pied de la lettre et l'interpréter strictement ; on doit, au contraire, l'étendre par analogie aux cas d'acquittement en police correctionnelle et d'ordonnance de non-lieu.

Le Code pénal, dans son article 373, contient une disposition qui a pour but de réprimer les dénonciations injustes ; mais l'application de ce texte est hérissée de difficultés si grandes, qu'elle est pour ainsi dire impossible. En tout cas, on en voit rarement des exemples. L'individu désigné par la plainte doit, en effet, pour réussir dans son attaque, démontrer que la dénonciation a été écrite et déposée ; il lui faut, de plus, nommer l'auteur et prouver la fausseté des faits dont on l'accuse.

Les articles 358 et 359 du Code d'instruction criminelle constituent un palliatif insuffisant et illusoire : insuffisant, car le prévenu ne peut obtenir, en vertu de ces textes, qu'une réparation incomplète ; illusoire, car, en réalité, il n'obtient rien du tout [1]. Les dispositions que nous citons sont, en effet, inapplicables dans la pratique. Leur rédaction est tellement ambiguë et contradictoire, que l'interprète est obligé d'avouer son impuissance à l'expliquer. Quant à leur sens, on ne peut en donner qu'un, à savoir qu'ils contiennent un principe général : le droit des accusés acquittés à des dommages-intérêts sous certaines conditions.

1. Il ne peut agir en aucun cas, comme nous le démontrons plus loin.

La difficulté résulte de l'expression « avant jugement », que le législateur a insérée, croyons-nous, à la place qu'elle occupe, sans en mesurer toute la portée. Qui est le jugement dans une affaire d'assises ? est-ce la déclaration du jury ? La Cour de cassation le soutient. Un jugement, en effet, dit-elle, est la décision intervenant après les contestations et mettant fin aux débats. L'ordonnance d'acquittement rendue par le président des assises n'est que la consécration de la déclaration des jurés. Or, comment admettre, avec ce système, qu'un accusé intente une action en dommages-intérêts contre son dénonciateur, avant de connaître la décision du jury à son endroit, avant de savoir s'il sera acquitté ? La cour s'opposerait à la prétention de l'inculpé, la considérant comme une insulte à la dignité du jury. En outre, aux termes de l'article 358, l'accusé qui réclame des dommages-intérêts, doit être acquitté, et il ne l'est pas dans notre hypothèse. Il ne peut donc agir en aucun cas, puisque la loi ne le lui permet pas après jugement.

La solution est la même, si l'on admet que le jugement est l'ordonnance du président. L'accusé ne pourra former sa demande après la déclaration du jury, puisqu'il ne sera pas encore acquitté. Or, l'article 359 impose comme condition que l'action en dommages-intérêts soit intentée avant le jugement. Prétendre qu'elle pourrait l'être entre la déclaration du jury et l'ordonnance du président serait commettre une erreur juridique. Ce serait soutenir que l'affaire est tranchée par deux décisions successives,

théorie contraire aux principes du droit, d'après lesquels une instance ne peut être terminée que par un seul jugement. L'accusé acquitté ne peut donc, en cour d'assises, former une demande en dommages-intérêts. La pratique n'en indique aucun exemple. En dernière analyse, il ne reste au prévenu acquitté que la ressource, bien faible et souvent inutile, de s'adresser au tribunal civil.

La question reste donc tout entière : l'inculpé reconnu innocent a-t-il droit à une réparation ? La société a le pouvoir de retrancher de son sein un individu que les circonstances accusent ; c'est incontestable. Pour se protéger, elle a la faculté de réduire à l'impuissance et d'arracher à sa famille un homme parfaitement inoffensif peut-être, mais que de fausses apparences désignent comme l'auteur d'une infraction ; c'est encore évident. Mais la justice humaine n'est pas infaillible ; si elle se trompe, l'innocent qu'elle a frappé n'a-t-il pas le droit de lui dire : « Vous m'avez réduit à la misère, vous m'avez déshonoré, indemnisez-moi du préjudice que vous m'avez causé, rendez-moi l'estime de tous, que vous m'avez enlevée. »

Eh bien, oui, nous le croyons fermement, l'inculpé serait fondé à élever une pareille prétention[1] ; et la société, reconnaissant son erreur, n'aurait qu'à faire tous ses efforts pour la réparer.

1. S'il eût été coupable, a dit M. Dupin (Observations sur notre législation criminelle), il aurait dû à la société une réparation dans sa personne et dans ses biens ; il est innocent, la proposition est renversée, c'est à lui que l'indemnité est due.

Mais sur quelles bases appuierons-nous ce système ? sur quelles assises établirons-nous le droit du prévenu relaxé ou acquitté à une réparation ? Ouvrons le Code civil ; nous y trouverons un principe d'une équité incontestable, qui n'est d'ailleurs que la reproduction d'une des trois maximes qui dominent le droit de tous les peuples, et que Justinien avait placées au *principium* de ses Institutes. Cette règle que le droit romain formulait en deux mots : « Neminem lædere », est traduite dans notre article 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Et pourquoi donc cette règle, qui n'est écrite, il est vrai, que pour l'individu, ne serait-elle pas applicable à la société, qui n'est, en somme, que la réunion des individus ? « Le dommage que causent les hommes réunis, a dit Duport, est-il moins réel et moins digne de réparation que le dommage causé par l'homme isolé ? »

Les adversaires de notre théorie nous font alors une objection. Le principe invoqué, disent-ils, ne recevrait son application que si une faute était imputable à l'État ou à ses délégués ; or, la société n'en a commis aucune.

L'article 1382 n'est pas applicable, dites-vous, parce qu'aucune faute n'est imputable à l'État. C'est ce que nous allons voir. Il faut s'entendre ; nous ne nous occupons pas du cas où un fonctionnaire, ayant qualité pour agir, aurait privé de liberté un citoyen, de propos délibéré et sans motifs sérieux. Aucune question ne s'élèverait dans ce cas : la responsabilité

serait encourue, car il y aurait faute *in committendo*. Ce fait est rare, mais la faute *in omittendo* est plus fréquente, et suffit pour l'application du principe que nous invoquons. En voulez-vous une preuve, lisez l'art. 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Eh bien, admettons pour un instant, si vous l'exigez, que l'article 1382, doive être écarté parce qu'il n'y a pas faute *in committendo* de la part de l'état ; pourrez-vous soutenir que la société, en mettant la main sur un innocent qu'elle a gardé sous les verrous, pendant un long espace de temps peut-être, n'a pas commis au moins une négligence[1] ou une imprudence ? L'infaillibilité est le privilège exclusif de la justice divine, la justice humaine, elle, peut se tromper ; il lui arrive trop souvent de faire fausse route. Pourquoi ne dédommagerait-elle pas des maux qu'elle a causés injustement. « Instituée pour la réparation des torts, a dit Bentham, la justice ne peut vouloir que les siens soient privilégiés. » La société, qui a le pouvoir de donner suite à l'accusation, doit en accepter toutes les conséquences : la responsabilité de l'erreur est le corollaire du droit de poursuivre.

Nos adversaires, cependant, ne se tiennent pas pour battus : si vous admettez en principe, ajoutent-ils, que tout accusé relaxé des poursuites en vertu d'une ordonnance de non-lieu, ou acquitté par juge-

1. La négligence consistera à ne pas s'entourer de tous les renseignements nécessaires ; l'imprudence, à agir trop vite.

ment, a droit à une réparation, vous paralyserez l'action de la justice; le juge d'instruction n'aura plus sa liberté d'allures; son pouvoir d'appréciation sera singulièrement restreint, et, dans la crainte d'arrêter un innocent, il laissera souvent s'enfuir le coupable.

Cette objection serait fondée, si c'était contre le juge d'instruction que serait dirigée l'action en indemnité, mais il en est autrement. Le magistrat gardera son indépendance et son pouvoir discrétionnaire ; il ne sera astreint qu'à un fait: il devra motiver ses ordonnances de non-lieu et ne pas recourir à la formule banale et équivoque : « Attendu que la prévention n'est pas suffisamment établie. » Sa décision, indiquant les raisons qui la font édicter, permettra de distinguer celui qui est demeuré complétement innocent, de celui sur lequel le doute continue à planer.

On objecte encore qu'avec notre système le droit qui appartient à tout citoyen témoin d'une infraction, ou dont il connaît l'auteur, de prévenir la justice, serait considérablement réduit. L'individu qui a vu s'accomplir un fait délictueux n'oserait le faire connaître à la justice, dans la crainte d'assumer une responsabilité dont il ne pourrait d'ores et déjà mesurer toute l'étendue.

Cet argument comporte la même réponse que le précédent: l'action en réparation ne serait point intentée contre l'accusation ; il conserverait donc sa liberté d'action. Maintenant, si la doctrine que nous proposons avait pour effet de diminuer le nombre des

dénonciations, nous n'hésitons pas à reconnaître que ce résultat serait un bien; car une plainte calomnieuse produit souvent des conséquences funestes que n'avait pas prévues son auteur et qu'il regrette, par la suite, d'avoir causées.

Une autre théorie enseigne que le devoir qui s'impose à l'État constitue une obligation purement morale. Cette opinion, qui ne repose que sur le sentiment, n'est point admissible. Mais, dit-on, tous les jours, nous voyons l'État envoyer des secours aux malheureux que différents fléaux ont atteints. C'est vrai; mais la société, en distribuant ces subsides, agit à son gré, comme bon lui semble; aucune puissance ne peut la forcer à le faire si elle juge à propos de s'abstenir. Il ne faut pas qu'il en soit ainsi en notre matière; et, si c'est un devoir pour l'État de réparer les maux causés injustement par la détention préventive, il importe que ce devoir soit muni d'une sanction en garantissant l'accomplissement.

Examinons maintenant en quoi consisteront les réparations.

L'intéressé a souffert un préjudice matériel et un préjudice moral. La société devra lui tenir compte du premier au moyen d'une indemnité égale, autant que possible, au dommage causé; elle consistera dans une somme d'argent. M. Worms[1] fait observer, à ce propos, qu'il ne pourrait être question d'une indemnité fixe et immuable, et demande qui sera juge de la contestation, si l'intéressé ne trouve pas suffisante l'offre qu'on lui ferait?

1. *De l'État au regard des erreurs judiciaires.*

Et pourquoi le dédommagement ne serait-il pas représenté par une valeur déterminée et invariable? Une voix plus autorisée que la nôtre, celle de M. Guillot [1], propose d'accorder aux inculpés relaxés, ou reconnus innocents, une indemnité réglée par un tarif officiel, et proportionnée à la valeur de chaque journée de travail dont ils auront été privés. Le témoin dont on requiert la présence, le juré qu'on déplace se contentent bien de l'indemnité qu'on leur alloue [2]: pourquoi donc le prévenu acquitté ne trouverait-il pas suffisante la somme qu'on lui offrirait? On ne lui en propose aucune en ce moment et il ne réclame pas. Quelque minime que puisse être l'indemnité, elle vaudrait toujours mieux que rien.

M. Worms ajoute que notre système imposerait au budget une charge nouvelle. Avouons que nos finances sont singulièrement obérées ; mais l'objection, comme le fait remarquer M. Oudin [3], touche plutôt les hommes d'État que le jurisconsulte. Parmi les dépenses que nous faisons chaque année, il en est, certes, un grand nombre qui sont moins utiles que celle dont nous parlons ; et il est à souhaiter que les fonds dont dispose le Trésor ne soient jamais plus mal employés. L'argument de M. Worms

1. *Principes du nouveau Code.*

2. La situation d'un inculpé dont l'innocence a été constatée, dit M. le juge d'instruction Guillot, n'est-elle pas aussi intéressante que celle d'un témoin? Si la société se croit tenue d'accorder une indemnité à un homme auquel elle ne prend que quelques instants de la journée, pourquoi la refuserait-elle à celui dont elle confisque la liberté pendant plusieurs jours ; nous ajoutons : quelquefois pendant plusieurs mois.

3. Discours de rentrée, Cour de Rennes, 4 novembre 1884.

ne nous atteint pas : il serait très simple, au moyen d'économies sages et faciles, de faire face à la charge nouvelle qui grèverait notre budget. Tous les détenus reconnus par la suite innocents ne réclameraient pas l'indemnité pécuniaire : beaucoup la demanderaient; mais un grand nombre se contenterait de la réparation morale que, dans tous les cas, l'État ne saurait refuser.

En quoi consisterait cette réparation ? Dans la publicité la plus complète, au moyen d'affiches et d'insertions dans les journaux, qu'on donnerait à la décision judiciaire proclamant l'innocence du prévenu. En outre, l'inculpé aurait le droit d'obtenir gratuitement une copie authentique du jugement. On pourrait suivre, à ce propos, la procédure appliquée au cas de réhabilitation en matière commerciale.

Qui aura le droit de réclamer des réparations ? Le prévenu relaxé de toutes poursuites, lorsque l'ordonnance de non-lieu constatera ou établira son innocence ;

L'inculpé acquitté en police correctionnelle ou par la cour, lorsque le jugement ou l'arrêt satisfera à la condition précédemment requise pour l'ordonnance de non-lieu ;

L'accusé en cour d'assises acquitté par verdict du jury.

L'individu arrêté et reconnu par la suite innocent ne pourra réclamer un dédommagement, qu'autant que la mesure dont il a été l'objet n'aura pas été, directement ou indirectement, provoquée par sa

faute. Cette condition d'exercice permettra de refuser l'indemnité à deux catégories de gens. Ainsi, elle ne sera point accordée, en premier lieu, à ceux qui, par leurs mauvais antécédents, leurs déplorables habitudes, donnent constamment prise aux soupçons de la police. Nous rangerons également dans cette classe ceux qu'on est convenu d'appeler les gens sans aveu ou d'une inconduite notoire, individus mal famés et vagabonds. Il est bien évident que la réparation sera encore refusée aux récidivistes qui, pour passer plusieurs mois dans les prisons de l'État à l'abri des intempéries de l'air, commettent systématiquement quelque délit au commencement de la mauvaise saison.

L'indemnité, en second lieu, ne devra pas non plus être accordée à ceux qui ne sont relaxés des poursuites que sur l'insuffisance des charges. Ceux-là seulement pourront en bénéficier, dont l'innocence sera manifestement reconnue et établie par les motifs de l'ordonnance de non-lieu. Mais, dira-t-on, vous allez ainsi établir deux sortes d'acquittement, l'un irréfutable, l'autre incomplet. Nous répondons avec M. Oudin que cette différence existe dans la nature même des choses, et se voit dans notre législation. « La distinction existe déjà, dit-il, dans les poursuites exercées par une partie civile. L'acquitté n'obtiendra souvent d'elle aucune indemnité. Il peut même être condamné à lui en payer une, parce que la déclaration de non-culpabilité n'exclut, ni le fait dommageable, ni la faute civile. L'opinion publique, dans ces hypothèses, continuera parfois à faire peser

sur l'acquitté ses soupçons. Si cette conséquence n'effraye pas lorsque la poursuite est intentée par une partie civile, pourquoi trouver étrange et dangereux un résultat analogue, quand l'affaire serait introduite par le ministère public ? »

Les réparations seront accordées par les tribunaux ou la cour d'assises, suivant les cas. Cette solution nous apprend, en même temps, que la demande d'indemnité serait formée contre l'État ; car les poursuites ont lieu au nom de la société par l'État et dans l'intérêt public.

On pourrait se demander pourquoi ce système, qui repose sur des bases si équitables, et qui produit d'excellents résultats dans les pays où il est adopté, n'a pas encore été accepté par notre législation. — « C'est que, dit M. Bonneville de Marsangy, d'imprudents déclamateurs ont persisté à l'exagérer jusqu'à l'absurdité, ou que des défenseurs plus sages, tout en le renfermant dans ses vraies limites, n'ont pas su lui assigner une formule de réalisation pratique. » Espérons qu'il n'en sera pas toujours ainsi, et que les considérations de justice et d'humanité sur lesquelles s'appuie cette doctrine, se montreront sous un jour si favorable, que le législateur français se rendra aux motifs qui la font préconiser et l'admettra dans nos Codes.

CONCLUSION

Nous avons eu plus d'une fois, au cours de cette étude, au terme de laquelle nous arrivons, l'occasion de signaler les lacunes et les imperfections de notre législation criminelle. Depuis 1808, certaines modifications libérales l'ont déjà améliorée, parmi lesquelles on peut citer la loi de révision de 1832 et celle du 14 juillet 1865, cette dernière très importante en matière de détention préventive. Il reste cependant beaucoup à faire, le gouvernement l'a reconnu lui-même, puisque dernièrement, le 27 novembre 1879, par l'organe du ministère Le Royer, il a présenté un projet modifiant singulièrement les 223 premiers articles du Code d'instruction criminelle. Ce projet, adopté par le Sénat à la fin de la session de 1882, n'attend plus que l'approbation de la Chambre des députés. Malheureusement, nos législateurs emploient leur activité à d'autres travaux qu'ils jugent plus pressés ; et il est fort à craindre que la proposition de loi votée en 1882 ne soit pas de sitôt reprise et discutée. Ce retard est d'autant plus regrettable, que la législation nouvelle réalise de sérieux progrès. La loi de 1865, en effet, n'a pas produit les heureux résultats qu'on était en droit d'espérer ; et, à l'heure actuelle, cet aveu nous coûte, tous les ans, en France, trois cents années d'emprisonnement préalable sont en moyenne accomplies par des prévenus dans la suite reconnus innocents. Certes, l'interprète

a le droit de s'étonner de ce fait et d'en rechercher la raison d'être, afin de la signaler à l'attention du législateur. La cause de cette situation, croyons-nous, réside dans l'autorité vraiment exagérée, abandonnée au juge d'instruction. L'article 113 § 2 instruction criminelle semble cependant la réduire à de justes limites ; mais ce texte, ne l'oublions pas, ne s'applique en réalité qu'à des hypothèses ne présentant aucune gravité. Sortez de là, et vous êtes obligé de reconnaître l'indépendance complète et le pouvoir discrétionnaire beaucoup trop large du magistrat. Il en résulte que, depuis la loi de 1865, comme avant, la détention préventive est chez nous la règle dans la plupart des cas, et que la liberté provisoire n'est pas assez pratiquée. Cela tient à un préjugé dont le magistrat ne sait point assez se départir. L'esprit du Code est bien que tout accusé est présumé innocent, jusqu'à ce qu'il soit déclaré coupable ; mais cet axiome est absolument renversé dans la pratique, et, pour le juge, il est trop souvent vrai de dire que le prévenu est un coupable. « La vérité, a dit M. le procureur général Dauphin [1], est que la loi française n'organise pas la défense des accusés. J'ai lu souvent qu'elle avait adopté la méthode accusatoire : c'est vrai, du jour où l'accusé est envoyé devant une juridiction de jugement ; mais, jusqu'à cette date, la procédure a conservé le caractère inquisitorial. » Trop souvent le juge d'instruction, au lieu de chercher à faire éclater la vérité, ne tend

1. Discours de rentrée, cour de Paris, 3 novembre 1880.

qu'à accumuler contre le prévenu les charges qui le feront condamner.

La loi doit donc ne pas entraver les droits de la défense ; et, pour cela, il faut laisser toute liberté au prévenu d'établir son innocence, et imposer au magistrat l'obligation d'entendre les témoins à décharge, permettre à l'accusé de communiquer avec son avocat aussitôt après l'interrogatoire. Que le législateur jette un coup d'œil sur les modifications récentes apportées à la procédure criminelle chez les peuples voisins, qu'il se rende bien compte des bons effets qu'elles ont produits, qu'il étudie surtout la loi belge et ses libérales dispositions, les résultats de cet examen lui feront nettement apparaître les défauts de notre instruction criminelle, et lui indiqueront les moyens de les faire disparaître.

Et, à ceux qui seraient tentés de qualifier de chimères les innovations que nous voudrions voir s'introduire dans notre législation, nous répondrons avec M. le juge d'instruction Guillot[1] : « Les illusions sont toujours dignes de respect quand les intentions sont droites : celui qui recherche avec bonne foi, sans passion, sans parti pris, sans aucun souci de popularité et d'intérêt personnel, le bien du prochain, le soulagement de ses infortunes, peut s'égarer sans doute ; mais il mérite du moins qu'on rende hommage aux sentiments qui l'inspirent. »

1. *Principes du nouveau Code d'instruction criminelle*, page 1.

POSITIONS

DROIT CIVIL

I. — On peut adopter un enfant naturel.

II. — L'héritier saisi qui, aux termes de l'article 789 C. civ., est resté 30 ans sans prendre parti, est considéré comme acceptant.

III. — Le prodigue pourvu d'un conseil judiciaire ne peut arrêter seul ses conventions matrimoniales, en tant qu'elles constituent une aliénation dépassant celle qui résulte de la communauté légale.

IV. — Le nu propriétaire n'est pas tenu personnellement de faire les grosses réparations.

DROIT ROMAIN

I. — La *querela inofficiosi testamenti* est une sorte de pétition d'hérédité ; car elle a pour objet de procurer la succession, ou une partie de la succession, au réclamant.

II. — La mariage, à Rome, ne se formait pas *solo consensu*.

III. — L'*accipiens* qui a reçu l'indu de mauvaise foi ne commet pas un *furtum* (L. 43, § 1, D. *de furtis*).

IV. — Les simples pactes donnent naissance à une obligation naturelle.

DROIT CRIMINEL

I.— L'état complet d'ivresse n'est une cause d'excuse justificative que lorsque l'agent ne s'est pas enivré volontairement.

II. — L'action publique et l'action civile se prescrivent par le même temps, lors même que l'action civile est intentée séparément.

DROIT INTERNATIONAL

Le tribunal chargé d'imprimer aux jugements rendus par les tribunaux étrangers la force exécutoire en France, a toujours le droit d'entrer dans un nouvel examen de l'affaire.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Le pouvoir constituant doit s'exercer par délégation.

Vu :
Le Président de la Thèse,
L. JOUEN.

Vu :
Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Caen,
E. ZÉVORT.

16073 — *Caen — Typographie-Lithographie E. VALIN, 5, rue au Canu*